بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة آل البيت
كلية الدراسات الفقهية والقانونية
قسم الدراسات القانونية
عمادة الدراسات العليا والبحث العلمي

آثار العقد الإداري في التشريع الأردني

- دراسة مقارنة -

إعداد الطالب

محمد مقبل سالم العندلي

إشراف الدكتور

محمد وليد العبادي

أ

آثار العقد الإداري
في التشريع الأردني
- دراسة مقارنة -

The Effects of the Administrative Contract in the Jordanian Legislation
(A Comparative Study)

إعداد الطالب

محمد مقبل سالم العندلي

إشراف الدكتور

محمد وليد العبادي

أعضاء لجنة المناقشة		التوقيع
١. الدكتور محمد وليد العبادي	(مشرفا و رئيسا)	....
٢. أ.د.علي خطار شطناوي	(عـــضـــواً)	....
٣. الدكتور عيد احمد الحسبان	(عـــضـــواً)	....
٤. الدكتور سليمان بطارسة	(عـــضـــواً)	....

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الدراسات القانونية في كلية الدراسات الفقهية والقانونية في جامعة آل البيت.

نوقشت وأوصي بإجازتها / تعديلها / رفضها / بتاريخ ٩/١٢/٢٠٠٣م.

الإهـــــــــداء

إلى – روح والدي الطاهرة.

عنواناً ووفاءً وذكرى

إلى – والدتي التي منحتني الكثير من جهدها وصحتها

إلى – زوجتي وأولادي وما تحملوه من مشاق هذه الرحلة المباركة

شكـــر وتقديـــر

الحمــد لله والصلاة والسلام على رسوله المبعوث رحمة للعالمين وبعد، فبعد أن أكرمني الله عــز وجل بجزيل فضله، وعظيم كرمه بإنهاء رسالتي العلمية هذه، فأنني أود أن أشكر كل مــن ساهم وقدم لي أية مساعدة لإخراج هذا الجهد العلمي المتواضع إلى حيز الوجود، وأخص بالذكــر أســتاذي ومعلمــي الدكتور محمد وليد العبادي الذي تفضل بقبوله الإشراف على هذه الرسالة فأرشدني ووجهني، وما بخل عليّ من فيض علمه، ولا من جزيل خبرته،وكان خير مثل وخير معين لي، عسى الله أن يوفقه ويمده بالصحة والعافية.

كمــا أتقــدم بــبالغ الشكر والعرفان لأساتذتي المبجلين أعضاء هيئة المناقشة الموقرة ، والمؤلفــة من الأستاذ الدكتور علي خطار شطناوي ، الدكتور سليمان بطارسة ، والدكتور عيد احمــد الحســبان ، الذين تفضلوا بقبول مناقشة هذه الرسالة متحملين عبء قراءتها، بالرغم من مســؤولياتهم العظيمة وضيق الوقت لديهم. ولا يسعني كذلك من التقدم لجامعة آل البيت رئيساً وأعضاء هيئة تدريس وعاملين بخالص الشكر والتقدير لما بذلوا من جهود لمساعدة الباحثين عن العلم والمعرفة للوصول إلى ما ينشدوه .

قائمة المحتويات

الموضوع | الصفحة

ملخص الدراسة

آثار العقد الإداري في التشريع الأردني

دراسة مقارنة

إعداد: محمد مقبل سالم العندلي

إشراف: أستاذ القانون العام المشارك الدكتور: محمد وليد العبادي

تناولــت في هذه الرسالة موضوع آثار العقد الإداري في التشريع الأردني وقد اعتمدت الدراسة علـــى المــنهج التحليلـــي المقارن، من خلال مقارنة آثار العقد الإداري في الأردن مع كل من فرنسا ومصـــر كلمـــا كـــان ذلك ممكناً ، وذلك كون فرنسا من أوائل الدول التي اهتمت بالقانون الإداري ، ومصر أيضاً لوجود الدراسات العديدة حول هذا الموضوع فيها .

وحـــددت الدراسة في الفصل الأول السلطات الممنوحة للإدارة في إبرام عقودها الإدارية وذلك مـــن خلال بيان سلطاتها المتمثلة في الرقابة والتوجيه، تعديل العقد، وفرض الجزاءات، فبينت أن العقد الإداري مـــثل أي عقـــد يـــربط بين طرفين ويتضمن الحقوق والواجبات التي يجب أن تُحترمْ من قبل الأطراف المتعاقدة.

وفـــي الفصل الثاني حددت هذه الدراسة الحقوق الممنوحة للمتعاقد في مواجهة الإدارة، حيث تم تقســيم هـــذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، خصص المبحث الأول للحقوق المالية كون المتعاقد مع الإدارة شـــخص يهـــدف إلـــى تحقيق الربح قبل أي شيء آخر، ويسعى إلى تحقيق منفعة شخصية ذات طابع مالي.

أمـــا المبحث الثاني فتناول الحق في التعويضات المحتملة (التوازن المالي) حيث أوضحت بان فكـــرة الـــتوازن المالي للعقد الإداري من الخصائص الذاتية للنظرية العامة للعقود الإدارية، وأن هناك اخـــتلاف بيـــن الفقهـــاء حول تحديد الشروط التي تقوم عليها فكرة التوازن المالي، فالبعض يرى بأنها

قــاعدة عامة تطبق في جميع الأحوال سواء كان الاختلال بفعل الإدارة، أو بفعل خارج عن إرادتها (ظـرف اسـتثنائي)، ويـرى البعض الآخر أن فكرة التوازن المالي للعقد لا تطبق إلا إذا كان اختلال التوازن راجعاً لفعل الإدارة (نظرية فعل الأمير). كل ذلك بحثناه تفصيلاً.

وحــددت الدراسة كذلك شروط تطبيق نظرية فعل الأمير وبينت أن من أهم هذه الشروط وجود عقـد إداري بالمعـنى المـتفق علـيه فقهاً وقضاءً ، حيث لا تطبق هذه النظرية إلا بصدد المنازعات المـتعلقة بـالعقود الإداريـة، وبالتالـي نسـتبعد من مجال تطبيقها العقود المدنية التي تبرمها الإدارة والإجـراءات التـي تصـدرها بعض السلطات الإدارية والتي قد تؤثر على ميزانية الأفراد دون قيام رابطة عقدية.

وكذلـك فقـد تناولـت هـذه الدراسة نطاق تطبيق نظرية فعل الأمير سواء أكانت في صورة إجـراءات عامة وبصورة قانون أو نظام، أو إجراءات خاصة وهي الإجراءات التي تصدرها السلطة الإداريـة المتعاقدة وهي تمارس سلطتها في تعديل العقد، وتؤدي إلى المساس بصورة مباشرة في زيادة أعباء المتعاقد، والتأثير على ظروفه وجعلها أكثر مشقة.

وتناولـت الدراسـة كذلـك آثار تطبيق نظرية فعل الأمير وهي:- تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً عن كافة الأضرار التي أحلت به من جراء فعل الإدارة.

ثـم انتقلنا لنظرية الظروف الطارئة، وبيّنا الأساس القانوني لهذه النظرية وذلك من خلال ثلاثة أفكـار رئيسية وهي:- التوازن المالي للعقد لأن قلب التوازن المالي للعقد بسبب طارئ خارجي يؤدي إلى إعطاء الحق للمتعاقد بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة، لأن هذه النظرية وجدت من أجـل تأمين التوازن المالي للعقد، وكذلك الإرادة المشتركة لأطراف العقد، ثم المرفق العام كون الإدارة تقوم بإبرام العقود مع الأفراد إلا أنها تبقى دائماً المسؤول الوحيد عن حسن إدارة المرفق العام.

وفي الفصل الثالث والأخير تناولت الدراسة القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية، حيث أوضـحت فـي المبحـث الأول مفهـوم القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية وتمييزها عن

القــرارات التنفيذية للعقد، وتحدثت عن مفهوم القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية، وأنها تلك القــرارات التـــي تكون جزء من بنيان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي، أو الإداري بـناء علـــى ولايـــته الكاملة، أو تخرج عن اختصاص أي جهة قضائية ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القــرارات عـــن تلك العملية ويقبل الطعن فيها بالإلغاء على انفراد، وكذلك التمييز بين القرار المنفصل والقرار التنفيذي للعقد الإداري.

وفـــي المبحـــث الثاني تم بيان اختصاص دعاوى العقود الإدارية، حيث أن عقود الإدارة تخرج عن اختصاص قاضي الإلغاء، وأن هذه الدعاوى تنتمي بطبيعتها إلى القضاء الكامل.

أما المبحث الثالث من الفصل الأخير فتناولت الدراسة الاتجاهات الفقهية، وتطبيقات في نظرية القــرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية، ثم نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية، ومن خلال العديد من الأحكام الصادرة عنها.

وتناولـــت في المبحث الرابع دراسة صفة الطاعن بالإلغاء وآثار الحكم بإلغاء قرار منفصل عن العملية العقدية ومن خلال بيان صفة الطاعن بالإلغاء، والطعون المقدمة من غير أطراف العقد وطعون المتعاقديـــن، ثـــم في آثار الحكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العملية العقدية.وفي خاتمة الرسالة توصلت إلى بعض النتائج والتوصيات التي آمل أن تكون مثمرة ومفيدة.

أولاً: النتائج

أ- فـــيما يـــتعلق بالقضاء الإداري الأردني ممثلاً بمحكمة العدل العليا فإن هذه المحكمة قد أعلنـــت عـــدم اختصاصها حيث أن المادة (٩) من قانونها حددت اختصاصها على سبيل الحصر وليس من بين هذه الاختصاصات النظر في منازعات العقود الإدارية ويعود أمر النظر فيها إلى المحاكم العادية وبالتالي لا يمكن تطبيق النظريات ومنها نظرية فعل الأمير في هذا المجال.

ب- مـــا زالت نظرية فعل الأمير محتفظة بطابعها القضائي على الرغم من زيادة أهمية العقد الإداري في مجال القانون العام في الوقت الحاضر نظراً لإتساع نشاط الدولة فـــي المجال الاقتصادي وهذا واضح من التطبيقات القضائية الكثيرة لمجلس الدولة الفرنسي لهذه النظرية، والذي كان رائداً لهذه النظرية.

ج- الاخـــتلاف فـــي أحكـــام المحكمة الإدارية العليا مع أحكام محكمة القضاء الإداري في مصر، وذلك من خلال سلطة القاضي الإداري في تعديل نصوص العقد وفي نفس الحال عند الكلام عن شروط تطبيق فعل الأمير.

د- إن الإدارة فـــي العقـــود الإدارية تتمتع بمركز يميزها عن المتعاقد معها وهذا يخالف القاعدة التي تحكم العقود وهي أن العقد شريعة المتعاقدين.

ه- أن التشـــريع والفقـــه الإداريين لم يبقيا المتعاقد مع الإدارة الطرف الضعيف دائماً، بل منحاهُ بعض الحقوق التي تتمثل في حقه بالحصول على المقابل المالي، أو أن تعيد الإدارة التوازن المالي للعقد عند حدوث خلل فيه بسبب استعمالها لسلطاتها.

ثانياً: التوصيات

أ- نتمـــنى على المشرع الأردني أن يمنح محكمة العدل العليا صلاحية النظر في منازعات العقود الإدارية كافة لتشمل العملية العقدية وما ينفصل عنها من قرارات، وذلك من خلال إضافة نص تشريعي يعطيها هذا الاختصاص.

ب- أن تراعـــي الإدارة وخصوصاً الأردنية في تعاملها مع المتعاقد في العقود الإدارية القاعدة التي تحكم العقود وهي أن العقد شريعة المتعاقدين.

ج- أن يسمح لغير أطراف العقد أن يطالبوا بفسخ القرار، أو إبطاله أمام قاضي العقد، وذلك بعد أن يحصلوا على حكم بإلغاء القرارات المنفصلة من قاضي الإلغاء.

د- أن تراعـــي الإدارة مصلحة المتعاقد معها وخصوصاً عندما ينفذ المتعاقد بنود العقد كما اتفق عليه مع الإدارة.

وفي الختام نرجو من الله العلي القدير أن نكون قد وفقنا في تقديم هذا البحث المتواضع، وأن يكون ذو فائدة للدارسين والباحثين في مواضيع القانون الإداري.

مقدمة تمهيدية

يُعـرف العقد الإداري بأنه: إرتباط قانوني بين طرفين يرتب آثاراً في مواجهتهما ويُنشئ لهما حقوقاً والتزامات. والعقد الإداري يختلف عن العقد المدني الذي تحكمه قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، فتخضع أطرافه إلى ما يرد في نصوص العقد من أحكام لتنظيم العلاقة التعاقدية بين أطرافه،لأن من أهم سمات العقد الإداري تعلق موضوعه بتنظيم أو تسيير مرفق عام، فإذا كانت المرافق العامة تخضع لمبادئ هامة من حيث تنظيمها وتسييرها وأهمها مبدأ قابلية المرفق العام للتغيـير والتعديل ومسايرة المقتضيات المتجددة لتحقيق الصالح العام وإشباع حاجات الجمهور، فإن هذا المبدأ يسمح بتزويد الإدارة قِبَل المتعاقد معها بسلطات تتمثل في إمكان توجيه المتعاقد، وتعديـل العقـد بزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد مع الإدارة، وفرض جزاءات عليه، وإنهاء الرابطة العقدية بإرادتها المنفردة.

وهذا المبدأ هو الذي يكشف عن نية أطراف العقد في قبول استعمال الإدارة لتلك السلطات فـي مواجهة المتعاقد معها، سواء أورد في العقد نص ينبئ عن تلك السلطات أم لم يرد. وهذه السـلطات تشكل جانباً من حقوق الإدارة قِبَلْ المتعاقد معها إلى جانب حقوقها الرئيسية في العقد هذا من ناحية.

ومـن ناحية أخرى تتمتع الإدارة بسلطات وحقوق يقع على عاتقها تحمل التزامات وأعباء تقابل سـلطاتها في مواجهة المتعاقد معها، حيث تشكل تلك الالتزامات في جانب الإدارة حقوقاً للمتعاقد معها، وأهمهـا: حـق المـتعاقد مع الإدارة في اقتضاء الثمن، وحقه في اقتضاء التوازن المالي والاقتصادي للحقوق والالتزامات التعاقدية، إذا ما أدى تدخل الإدارة إلى الإخلال بذلك التوازن.

ولمـا كانـت المـادة (٨٧) من القانون المدني الأردني، قد عرفت العقد بوجه عام بأنه: "إرتـباط الإيجـاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهم على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب على التزام كل منهم بما وجب عليه للآخر"، فإن العقد الإداري لا يخرج عـن هـذا الـتعريف من حيث جوهره، عنْ العقد العادي حيث أن أحد أطرافه هو شخص من أشخاص القانون العام، وكذلك بما يتضمنه مّن شروط تفصح عن إعطاء الحق لهذا الشخص في استخدام وسائل القانون العام في تنفيذ هذا العقد أو إنهائه، ومن هنا فقد عرفت المحكمة الإدارية العليا المصرية، العقد الإداري بأنه: "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصـد وإدارة مـرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بإسلوب القانون العام

وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقد القانون الخاص"(١). كما عرفته نفس المحكمة بقولها: "أن العقد إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، ومتصلاً بمرفق عام، ومتضـــمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص(٢). وهو ما أكدت عليه أيضاً المحكمة الإداريـــة العليا السورية، بقولها: " العقد الذي يهدف إلى تسيير مرفق عام ويرتدي طابعاً مميزاً لغلبة الصالح العام على مصلحة الأفراد الخاصة، وتنصرف النية فيه للأخذ بإسلوب القانون العام فيما ينطوي عليه من شروط استثنائية خارجة عن نصوص القانون العادي"(٣) .أما الفقه الإداري اللبناني فقد استقر على تعريف العقد الإداري بما لا يخرج عن هذا المعنى. حيث عرفه الدكتور إدوار عـــيد بقوله : "العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد تسيير أو تنظيم مـــرفق عـــام مع إظهار النية في تطبيق أحكام القانون الإداري عليه(٤)، وعرفه الدكتور سليمان الطماوي بقوله: "ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام؛ وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفـــة فـــي القانون الخاص، أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام(٥). ويقوم هذا التعريف على ثلاثة أسس هي:-

١- أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.

٢- صلة العقد بالمرفق العام.

٣- وسائل القانون العام.

وبالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي فقد عرّف العقد الإداري بأنه (الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام - أي شخص معنوي عام - بقصد تسيير وتنظيم أو إنشاء مرفق عام وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وذلك بأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية

---

(١) الحكـم الصادر بتاريخ ١٩٦٧/١٢/٣٠، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة العدل العليا المصرية، ج٢، ط ١٩٨٣، الهيئة المصرية، ص ١٨٣١.

(٢) الحكـم الصـادر بتاريخ ١٩٦٢/٣/٣١، مجموعة القواعد القانونية في عشر سنوات، ج٢، إعداد المستشار أحمد أبو شادي، ص ١٣٤٥.

(٣) قـرار رقم ١٨٨٩ تاريخ ١٩٨٤/١١/١٩ نشر في العددين ٥،٦ صفحة ٥٣١ من مجلة القانون السورية لعام ١٩٨٥ قاعدة رقم ٢٥٥.

(٤) د. إدوار عيد، رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة، ط١٩٧٣، دار المنشار، بيروت، ص ص ٥٩-٦٠.

(٥) د. سـليمان الطمـاوي، الأسـس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٩١، ص ٥٩.

وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام).

وهكذا يبدو واضحاً أن الفقه والقضاء قد استقرا على أن ما يميز العقد الإداري عن عقد القانون الخاص، ليس المعيار الشكلي المتمثل في كون شخص من أشخاص القانون العام طرفاً فيه، بل يلزم بالإضافة إلى ذلك توافر أساسين آخرين، يتصلان بموضوع العقد من حيث وجوب اتصال العقد بمرفق عام، وأن تستخدم الإدارة وسائل القانون العام بشأن العقد.

وتحتل نظرية العقود الإدارية في الوقت الحاضر مكانه هامة في موضوعات القانون الإداري وأهمية خاصة من الناحية القانونية، وذلك لاستخدام الإدارة لها في توفير ما تحتاج إليه مرافقها العامة من مواد أولية وللوفاء باحتياجات المواطنين باعتبارها أكثر الطرق استعمالاً من الناحية العملية، وأيضاً لاستهدافها تحقيق أغراض محددة تتمثل؛ بإنجاز أهداف الإدارة في أسرع وقت ممكن وبأقل تكلفة وعلى نحو أفضل.

والإدارة وهي تبرم عقداً إدارياً مع أحد الأفراد أو الشركات، فإنها تتمتع بسلطات وامتيازات نتيجة لتضمين هذا العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة بحجة أن المرفق يتطلب ذلك، وبالتالي يجب أن نوفر للمتعاقد الوسائل الفعالة لحمايته من المخاطر، بمعنى إذا كانت التزامات المتعاقد مع الإدارة تتسم بالمرونة فإنها في الالتزامات تقابلها تبعاً لذلك مرونة مماثلة في الحقوق نظراً للعلاقة الوثيقة بين نزاعات المتعاقد وحقوقه وهذا هو ما يعبر عنه (بفكرة التوازن المالي بالعقد الإداري).

وانسجاماً مع ما سبق فقد إبتدع القضاء الإداري العديد من النظريات في مجال العقود الإدارية لمنح المتعاقد امتيازات وتعديل عقده ومنها نظرية: **فعل الأمير**، أو ما كانت تسمى قديماً (بنظرية الحاكم أو السلطة الحاكمة).

وتقسم العقود الإدارية إلى قسمين:

أولاً- العقــود المدنـيـة أو عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص والتي هي عقود تبرمها السلطة الإداريـــة مع أفراد أو أشخاص معنوية خاصة وتستخدم في إبرامها وسائل القانون الخاص، وينطبق عليها القانون المدني، وتنظر محاكم القضاء العادي المنازعات التي تتعلق بها(١).

ثانياً- العقود الإدارية التي تخضع لأحكام القانون العام:- حيث تتجلى فيها امتيازات السلطة العامة التي تمارســها الإدارة فــي مواجهــة الأفراد نظراً لمقتضيات سير المرافق العامة ولا تسري عليها قاعدة المســاواة بيــن المتعاقدين، والقضاء الإداري وليس العادي هو الذي يختص بنظر المنازعات المتعلقة بــالعقود الإداريــة وبالفصــل فيها، كون أنها تهدف إلى تحقيق مصلحة المرفق العام. وما يهمنا في مجال دراستنا هذه هو العقود الإدارية فقط دون غيرها من عقود الإدارة الأخرى.

ولقــد تصــدى مجلس الدولة الفرنسي لمشكلة تحديد مسار التمييز بين العقود الإدارية والعقــود الخاصــة التي تبرمها السلطة الإدارية، وذلك لأهمية التمييز بينها من تحديد مضمون الالتزامات التي تنشأ عن هذه العقود أو تعيين الجهات القضائية المختصة بنظر المنازعات، و القواعد القانونية التي تحكمها.

وانــتهى مجلــس الدولة الفرنسي في هذا الصدد إلى معيارين هما:- معيار المرفق العام ومعـيار السلطة العامة. وعرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر على أنه:- العقد الذي تكون الإدارة طــرفاً فيه ويتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره، بغية خدمة أغراضه، وتحقــيق احتياجاته مراعاة لوحدة المصلحة العامة، وتأخذ فيه الإدارة بإسلوب القانون العام بما تضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص(٢).

كمــا حددت المحكمة الدستورية العليا في مصر باعتبارها محكمة تنازع ماهية العقد الإداري وشــروطه حيث قررت: (يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز

---

(١) د. عـبد العظيم عبد الحميد، نظرية فعل الأمير وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، الولاء للطبع والتوزيع، مصر، ١٩٨٩، ص ٧.

(٢) أشــار إلــيه الدكــتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الرابعة، مطبعة عين شمس، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٥٢.

للعقـــود الإداريـــة وهـــو: انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون[١]. وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية[٢].

أمـــا محكمة العدل العليا الأردنية فيستشف من عدة أحكام لها بأنها أكدت على أن: (يتسم العقـــد الإداري بطـــابع خاص يجعله مستقلاً عن العقد المدني إذ أنه يقوم على إشباع احتياجات المـــرفق العـــام حـــتى يسير بانتظام فإذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية فإن من حق الإدارة أن تتخذ الإجراءات اللازمة التي تكفل تنفيذ العقد وفقاً لمصلحة المرفق العام)[٣].

ومعظـــم اجـــتهادات محكمـــة العدل العليا وفيما يتعلق بالعقد الإداري تكرس على اعتبار القضاء الإداري قضاء إنشائي يخلق الحلول المناسبة وفقاً لطبيعة المنازعة . واحتياجات المرفق العام قد جاءت لتحديد الاختصاص القضائي فيما يتعلق بالعقود الإدارية والذي جاء كقاعدة عامة من اختصاص القضاء المدني[٤].

وتأكـــيداً لمـــا تقـــدم أكدت هذه المحكمة في أحد قراراتها ، (حيث أن المادة ٩ من قانون محكمـــة العـــدل العلـــيا حـــددت اختصـــاص المحكمـــة على سبيل الحصر وليس من بين هذه الاختصاصات النظر في منازعات العقود الإدارية، وعليه فإن محكمة العدل العليا غير مختصة في النظر في هذه الدعوى ويعود أمر النظر فيها للمحاكم المدنية)[٥].

أمـــا بالنسبة للوسائل التي تستخدمها الإدارة للقيام بالمهام المنوطة بها فهي عبارة عن:- مجموعـــة متسلســـلة مـــن الأعمال تتجه نحو تحقيق العمل النهائي، وبالتالي فإنها تشكل وحده متجانســـة رغـــم تعـــدد الإجراءات وهي تسمى بالعملية ذات الإجراءات المركبة، ومن أمثلتها: العقـــود إذ تحتوي على مجموعة من الإجراءات، فهي تتضمن العديد من الأعمال والإجراءات المادية والقانونية، حيث تشتمل على دراسات وبعدها صدور قرار الأذن بالتعاقد وطرح العطاء

---

(١) د. محمد السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مركز قطيم للكمبيوتر، الزقازيق، مصر، ١٩٩٣، ص ٥.

(٢) د. محمد السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٦.

(٣) قرار محكمة العدل العليا رقم (٩٧/١٨٠) العدد ١١/١٠ سنة ١٩٩٨، ص ٣٧٦٦.

(٤) لمـــزيد مـــن التفاصـــيل أنظر الدكتور محمد وليد العبادي، المنازعات القضائية للعقود الإدارية، بحث منشور في مجلة المنارة، جامعة آل البيت، العدد الثاني، نيسان، ١٩٩٨.

(٥) قرار محكمة العدل العليا رقم (٩٧/٤٦٤) مجلة نقابة المحامين رقم ٢٠١ سنة ٢٠٠٠، ص ١٥٥.

في مناقصة تتم بمراحل متعددة تنتهي بقرار إرساء المناقصة من الجهة المختصة والذي يخضع بدوره للتصديق. ويتم تنفيذ العقد من خلال إجراءات كتوريد المواد، وقد توقع الإدارة أثناء العقد جزاءات على المتعاقد عن طريق قرارات، قد تصل في أقصاها إلى إنهاء العقد أو فسخه.

وقد استقر القضاء الإداري على أن منازعات العقود الإدارية تنتمي أساساً إلى القضاء الكامل حيث تدور المنازعة غالباً حول تفسير أو تنفيذ الاشتراكات الناتجة عن العقد، ومع ذلك فإن القرارات الإدارية التي تسهم في تكوين العقد، أو تمهد له يمكن الطعن فيها بالإلغاء طالما أن مرجع الطعن لا يستند إلى أحد بنود العقد الإداري، وإنما يستند مباشرة إلى مخالفة القوانين والأنظمة.

واستناداً لما سبق فقد قررت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا المبدأ العام بقولها:

"أنه متى توفرت في المنازعة الإدارية حقيقة العقد الإداري سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أم صحته أم تنفيذه أم انقضاؤه، فإنها كلها تدخل في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء، إلا أن هذا المبدأ يحد من إطلاقه قيدان أولهما:- يتعلق باقتصار آثار العقد على عاقديه، فغير المتعاقد لا يجوز له أن يطعن بالإلغاء لأنه أجنبي ليس للعقد في مواجهته أي قوة في الالتزام، والقيد الثاني:- يتعلق بالقرارات المستقلة عن العقد إذ يجب التفريق بين العقد ذاته أو بمعنى أدق (الربط بين القرارات الإدارية التي عليها تم انعقاده أو التي ترافق انعقاده)، إذ أن هذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقد ويجوز الطعن فيها بالإلغاء استقلالا في المواعيد وبالشروط العامة المقررة بالنسبة إلى الطعن بالإلغاء، ومثال ذلك القرارات التي تصدر من جانب الإدارة وحدها بمقتضى سلطتها العامة بالمرحلة التمهيدية من العملية العقدية حتى إبرام العقد،أما ما يصدر من قرارات تنفيذاً للعقد كالقرارات الخاصة بجزء من الجزاءات التعاقدية،أو فسخ العقد،أو إنهاؤه، فهذه كلها تدخل في منطقة العقد وتنشأ عنه، فهي منازعات حقوقية وتكون محلاً للطعن على أساس ولاية القضاء الكامل"(١).

وبالنسبة للوضع في الأردن فتؤكد محكمة العدل العليا:- (أنها تملك صلاحية الإلغاء لا صلاحية الإنشاء، لأنه أمر خارج عن صلاحيتها بموجب المادة العاشرة من قانون تشكيل المحاكم النظامية، فالدعوى التي تنصب على الطعن في القرار من الناحية التعاقدية لا من

---

(١) د. محمد وليد العبادي ، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية ، مرجع سبق ذكره ، ص١٩.

الناحية الإدارية لا تدخل في اختصاص محكمة العدل العليا بل يعود أمر النظر فيها إلى المحاكم المدنية العادية)(١).

أمـــا أهمية هذه الدراسة فتأتي من كونها تعالج عدة مشاكل لعل من أبرزها ؛ مشكلة منح الإدارة في العقود الإدارية مركزاً يميزها عن المتعاقد معها، ممّا يخالف القاعدة التي تحكم العقود وهي:- (أن العقد شريعة المتعاقدين). ومشكلة عدم منح محكمة العدل العليا صلاحية النظر في مـنازعات العقـود الإدارية كافة ليشمل العملية العقدية وما ينفصل عنها من قرارات. ومشكلة معالجـة المـنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية في الأردن من قبل المحاكم العادية على خلاف الوضـع السـائد فـي غالبية الدول المتقدمة قضائياً كفرنسا ومصر، حيث يوجد قضاء إداري متخصص للنظر في مثل تلك المنازعات.

وقـد استخدم الباحث في دراسته منهجاً علمياً يعتمد على اختيار المنهج المناسب لطبيعة البحث والغاية منه، ألا وهو المنهج المقارن.

وقد تم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة فصول:

الفصل الأول: السلطات الممنوحة للإدارة في إبرام عقودها الإدارية.

الفصل الثاني: الحقوق الممنوحة للمتعاقد في مواجهة الإدارة.

الفصل الثالث: القرارات القابلة للإنفصال عن العملية العقدية.

---

(١) عدل عليا رقم ٥٤/٢٦ منشور في مجلة المحامين، سنة ١٩٥٤، ص ٦٨٤.

الفصل الأول

السلطات الممنوحة للإدارة في إبرام عقودها الإدارية

الفصل الأول

السلطات الممنوحة للإدارة في إبرام عقودها الإدارية

إن العقـد الإداري مثل أي عقد يربط بين طرفين ويتضمن الحقوق والواجبات التي يجب أن تُحترمْ من قبل الأطراف المتعاقدة. ومن هذا المفهوم نستطيع القول بأن المتعاقد مع الإدارة يجب أن يَحترمْ الشروط التعاقدية بشكل كامل وصحيح وشخصي، حيث ينتج عن هذا أن المتعاقد لا يستطيع أن يتنازل للغير عن العقد أو التعاقد معه كلياً أو جزئياً دون الموافقة المسبقة من قبل الإدارة المتعاقدة، وبالمقابل فإن الإدارة المتعاقدة تتمتع بسلطات هامة جداً وهذا ناتج عن الطبيعة القانونـية الخاصـة بالعقد الإداري وذلك من خلال المهمة التي تقع على عاتق الإدارة وهي:- "تسـيير المرفق العام باضطراد وانتظام بغيه إشباع الحاجات العامة المتجددة". وهذه السلطات الممنوحة للإدارة يمكن أن نجملها بما يلي:-

سلطة الرقابة والتوجيه،سلطة التعديل من طرف واحد، وسلطة فرض الجزاءات.

وسنحاول دراستها بشيء من التفصيل في ثلاثة مباحث:-

المبحث الأول: سلطات الإدارة في الرقابة والتوجيه.

المبحث الثاني: سلطة الإدارة في تعديل العقد.

المبحث الثالث: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات.

المبحث الأول

سلطات الإدارة في الرقابة والتوجيه

يقــع على عاتق الإدارة مهمة إشباع الحاجات العامة، والمشرع أوكل للإدارة هذه المهمة مانحاً إياها من السلطات ما يمكنها من تحقيق المصلحة العامة، وهذه السلطات ما هي إلا وسيلة لتحقيق غاية الإدارة في إشباع الحاجات العامة للأفراد.

وســلطة الإدارة فــي الرقابة واسعة لكنها ليست مطلقة، فمهما اتسعت سلطتها في الرقابة تحدها اعتبارات عملية وقانونية قوامها احترام العقد، وتوفير الحماية الكافية للمتعاقد، لحمايته من تعســف الإدارة. وهــذه السلطة – سلطة الرقابة – متعلقة بالنظام العام مما يقتضي عدم جواز الاتفــاق أو النص على تقييدها، أو استبعادها، أو الحد منها، فأي اتفاق من هذا القبيل باطل ولو ورد النص عليه في العقد.

وســيتم تــناول هذا المبحث من خلال بيان ماهية سلطة الرقابة والتوجيه في مطلب أول، وبــيان الأساس القانوني لهذه السلطة في مطلب ثاني، ونطاق سلطة الرقابة والتوجيه في مطلب ثالث، وأخيراً حدود هذه السلطة في مطلب رابع.

المطلب الأول

ماهية سلطة الرقابة والتوجيه

طالمــا أن الإدارة تــبرم العقود الإدارية مع الغير من أجل مساعدتها على تنظيم وتسيير المرافق العامة، فإن لها الحق بأن تقوم بمراقبة المتعاقد وتوجيهه من أجل سلامة ذلك التنفيذ وفقاً لمقتضيات العقد. ولها الحق أيضاً وبدون جدال أن تراقب شروط تنفيذ العقد. فتستطيع الإدارة مــثلا مــنع المــتعاقد مــن استعمال بعض الآلات أو المواد وتفرض عليه استعمال مواد غير منصــوص عليها بالعقد استناداً لمقتضيات المصلحة العامة، لكن بشرط أن لا تؤدي هذه السلطة إلــى الاخــلال بالتوازن المالي للعقد . ويمكّن أيضاً استخدام هذه السلطة إما استناداً لنصوص تشريعية، أو تنظيمية أو بناءً على شروط العقد، وفي حال سكوت العقد عن ذلك تلجأ الإدارة إلى اســتخدام هــذه الســلطة استناداً لمبدأ استمرارية المرفق العام المستجدة كونها تبقى على الدوام مسؤولة عن تحقيق المصلحة العامة.

كمـــا أن رقابة الإدارة توجب على المتعاقد معها مباشرة تنفيذ العقد وفقاً للشروط المحددة بـــالعقد[١]، وبالتالـــي فـــان حق الرقابة يكون مرادف لمعنى الإشراف، فالإدارة تملك أن ترسل مهندسيها لزيارة مواقع العمل في مقاولات الأشغال العامة للتأكد من سيره وفقاً لمقتضيات العقد، وتملك أن تفحص بواسطة خبرائها المواد والأصناف المستعملة من قبل المقاول أو المورد للتأكد من جودتها، ومطابقة مواصفاتها للنموذج المتفق عليه.

لكـــن ســـلطة الإدارة لا تتوقف عند حد الرقابة، بل تمتد إلى أبعد من ذلك، فلها الإشراف على تنفيذ العقد وأن تتدخل لتغير من أوضاع تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها حتى في حالات لم يـــنص عليها العقد صراحة، كأن تطلب الإدارة مثلاً:- استعمال طريقة في التنفيذ غير الطريقة التـــي يقـــوم بها المتعاقد، وهذا هو حق الإدارة في الاشراف والتوجيه[٢]، ففي التشريع الفرنسي وردت الإشارة لهذا في المادة (٧) من القانون الخاص بنظام الالتزام للمرافق العامة لسنة ١٩٤٧ وتعديلاته لسنة ١٩٥٨ والتي تنص على (لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيرته من النواحي الفنية والإدارية، وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه من مختلف الفروع والإدارات التي يُنشئها الملتزم لاستغلال المرفق...)، فهذا النص يقر للإدارة بسلطتها في الرقابة على تنفيذ العقد، وتوجيه المتعاقد معها في تنفيذ العقد سواء من الناحية الإدارية أو الناحية الفنية.

من هنا نجد أن الإدارة تستطيع استخدام هذه السلطة حتى في حال سكوت نصوص العقد، لأن هذا التدخل من قبل السلطة العامة يخدم المصلحة العامة . لذلك وجب علينا معرفة الأساس القانوني لهذه السلطة. وهذا ما سنبحثه في المطلب القادم.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه

اخـــتلف فقهاء القانون الإداري حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه، وكان محور الخلاف حول (ما إذا نص العقد على هذه السلطة أم لم ينص).

---

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٤٥.

(٢) د. إبراهيم الفياض، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، مكتبة الفلاح، الكويت، ١٩٨١، ص ١٦٨.

١- إذا تـم النص على هذه السلطة في العقد أو في اللوائح فان الأساس القانوني لسلطة الإدارة بتوجيه المتعاقد معها والرقابة على تنفيذ العقد هو العقد أو اللوائح.

٢-إذا لـم ينص على سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه فقد أختلف الفقهاء حول الأساس القانوني لها:-

- فـيرى الـبعض أن الأسـاس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه هي وجوب سير المرفق العام بانتظام واطراد، فهذه القاعدة هي وحدها تحكم موضوع الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه، وبالتالي تبرر ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه، فإذا وجدّ المرفق العام وجدت سلطة الرقابة والتوجيه سواء نص عليها العقد أم لا(١).

- وذهـب الـبعض الآخـر إلى تكييف الأساس القانوني تكييفاً تعاقدياً، فقالوا: إن فكرة سير المـرفق العام بانتظام واطراد، ليست وحدها الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه في حالــة سكوت العقد، بل يكون الأساس فضلاً عن ذلك هو النية المشتركة للمتعاقدين كإرادة ضمنية مستخلصه من ظروف التعاقد (الإرادة المفترضة للمتعاقدين للأخذ بأساليب القانون العام سواء ورد النص في العقد على هذه السلطة أم لا)(٢).

ويؤكـد أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه هي الطبيعة الذاتية للعقد الإداري، فهذه السلطة توجد بذاتها سواء ورد ذكر لها في العقد أم لا ، ولو نص العقد عليها فإنه لا يُنشئِها، بل يكشف عنها وينظم كيفية استعمالها(٣).

ويـرى فريق ثالث أن سلطة الإدارة بالرقابة والتوجيه تعتبر تطبيق من تطبيقات أساليب السلطة العامة التي تباشر منها الإدارة نشاطها في مجال العقود الإدارية وأنَّ الإدارة تمارس هذا الحق إعمالاً لامتيازها في إصدار قرار التنفيذ المباشر وذلك بهدف تحقيق الصالح العام(٤).

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٥٦.

(٢) الدكتور إبراهيم الفياض، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٩.

(٣) الدكتور إبراهيم الفياض، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٠.

(٤) أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٣٠٠.

ويمكننا القول إن هذه الآراء مجتمعه يمكن أن تحقق الوصول إلى الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه، فنية وإرادة المتعاقدين في إبرام العقود الإدارية تتجه في بادئ الأمر إلى الأخذ بأساليب القانون العام فالأساس هنا إرادي، وإلا فإننا نلغي دور الإرادة تماماً في إتمامه، كما أن الأساس القانوني في هذا يكمله استعمال أساليب القانون العام من قبل الإدارة دائماً، ومن قبل المتعاقد في بعض الأحيان،وهذه الأساليب تتمثل في الرقابة وتوجيه المتعاقد الوجهة التي تؤدي إلى تحقيق مقتضيات سير المرفق العام وتحقيق الصالح العام، على أن هذا الأساس يصح في جميع الحالات أي سواء نص عليه في العقد أم لم ينص.

في حين أن الفقيه الفرنسي (جيز) يعتبر أن الطبيعة القانونية للمرفق العام وإلزامية استمراريته وتغيره مع الزمن، والتزام الإدارة بتطابق المرفق العام، ومقتضيات المصلحة العامة المستجدة هي التي تبرر استخدام سلطة الرقابة والتوجيه[1].

وهناك بعض الفقهاء الفرنسيون ومن بينهم (دولوبادير) يؤكد أن النية المشتركة غير كافيه بمفردها لتبرير الأساس القانوني لاستخدام هذه السلطة؛ لأنه باستطاعة الإدارة أن تستخدم هذه السلطة حتى في حال غياب النص التعاقدي، لكن الذي يبرر استخدام هذه السلطة هي الطبيعة الخاصة للعقد الإداري التي تستند على متطلبات المرفق العام[2].

ويضيف هؤلاء الفقهاء بأن عموم هذه الأفكار تبرر الأساس القانوني لهذه السلطة التي تتمتع بها الإدارة .ومع ذلك فإنّ هذا الاتجاه من الفقه يجد أن النية المشتركة للأطراف المتعاقدة لحظة إبرام العقد تعطينا الانطباع مبدئياً أن المتعاقد أظهر رغبته أو نيته التعاون أو الاشتراك مع الإدارة في الرقابة والاشراف والتوجيه للعقد الإداري من اجل اشباع الحاجات العامة تحت النظام القانوني للعقد الإداري يجب إذن القول: بأن الأساس القانوني لهذه السلطة هو إرادي وإلا نستبعد دور الإرادة خلال تنفيذ العقد؛ لذلك هذا الأساس يعطي الإدارة حق الرقابة،والإشراف،والتوجيه للعقد الإداري في حالة الضرورة من أجل إشباع الحاجات العامة سواء نص العقد على ذلك أم لا .هذا يدل على أن الإرادة المفترضة للأطراف المتعاقدة ورغبتهم المشتركة يُفترض أن تكون معتبرة كعنصر أساسي من الطبيعة الخاصة للعقد الإداري والذي يتوجب أن يكون المتعاقد على علم مسبق بأن الإدارة تستطيع أن تستخدم حقوقها في الرقابة، والإشراف، والتوجيه خلال تنفيذ العقد الإداري.

(١) جيز، المبادئ العامة للقانون الإداري، الطبعة الثالثة، ١٩٣٤، ص ٣٣١.

(٢) دولوبادير، العقد الإداري، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، ١٩٨٤، ص ٤٢٤.

كما أنّ هذه الأفكار تؤكد بأن العقد عمل إرادي مكون من طرفين ويعتبر وسيلة مهمة لإشباع الحاجات العامة. وينتج من هذا أن إرادة المتعاقد لا يمكن استبعادها لأنه بدون هذه الإرادة يعتبر المتعاقد مثل ؛ مستخدم بسيط وهذا لا يتطابق مع مفهوم العقد الإداري.

ويرى الباحث أن الاساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه هو الطبيعة الخاصة للعقد الإداري التي تستند على متطلبات المرفق العام .

وبعد بيان الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه سنبين من خلال المطلب التالي نطاق تطبيق هذه السلطة.

المطلب الثالث

نطاق تطبيق سلطة الرقابة والتوجيه

بما أنّ الإدارة تبقى مسؤولة عن إدارة وحسن تسيير المرفق العام، وتأخذ بعين الاعتبار هدف العقد الإداري، فهي تتدخل خلال تنفيذ العقد من أجل حسن هذا التسيير وذلك من خلال:

أولاً: عقود الأشغال العامة:

في عقود الأشغال العامة تبقى الإدارة ربة العمل، فمن المنطق أن تراقب تنفيذ نصوص العقد بدقة كبيرة . وهذه السلطة تتضمن نوعية، وكمية المواد، والإنتاج. فالإدارة تتحقق من حسن تحقيق الأعمال والأدوات والمواد المستخدمة وذلك عن طريق الأوامر الإدارية الملزمة للمتعهد. ولها التحقق من أوضاع العمال وسحب أي عامل لا تجده أهلاً لهذا العمل . ويحق للمتعهد التعويض إذا كان أمر الإدارة غير مبرر أو قاس (تجاوز حدود المألوف). وتقوم الإدارة بتوجيه المتعهد، وتحدد طرق تنفيذ الأعمال، إن كان منصوص عليها بالعقد أم لا، عن طريق الأوامر الإدارية المكتوبة، والموقعة، والمؤرخة، مثل الأمر بالبدء بالأعمال، أو تأجيلها ... الخ • ويتوجب على المتعهد تنفيذ الأوامر الموجهة من الإدارة للمتعاقد بدقة كبيرة تحت طائلة عقوبة الفسخ، أو وضع الإدارة يدها على المشروع وتنفيذه بنفسها. وفي حالة عدم رضى المتعاقد عن الأمر الإداري يحق له أن يقدم اعتراضه، أو تحفظه عليه خطياً خلال (١٥) خمسة عشر يوماً، لكن هذه الاعتراض لا يعطي الحق للمتعاقد التوقف عن تنفيذ الأمر الإداري.

ثانياً: عقود التوريد:

إن الإدارة تستطيع مراقبة الأعمال فيَ المعامل وتقنيتها خلال التصنيع دون أن تتدخل في التفصيلات فالمورّدْ مجبر على تقديم كافة المعلومات التي تتعلق بالتصنيع بناءً على طلب الإدارة، ويضع تحت تصرفها كافة الوسائل الضرورية والمريحه لممثليها خلال التفتيش على العمال فيما يتعلق بالكفاءة، والأجور، وشروط العمال، وفيما إذا كان الأجر يتناسب وطبيعة العمل، والمورّدْ مجبر على تنفيذ كافة الأوامر الموجهة إليه من قبل الإدارة.

وكون عقود التوريد تضعف الصلة بين تنفيذ الالتزام وبين سير المرفق العام فإن الأصل أن يستقل المورّدْ باختيار طريقة التنفيذ، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك(١).

ثالثاً: عقود التزام المرافق العامة:

صحيح أن الإدارة تتعاقد مع الأشخاص من أجل إدارة وتسيير المرفق العام إلا أن هذا لا يعني على الإطلاق أن مهمتها تتوقف هنا لكن على العكس فهي تبقى على الدوام مسؤولة عن تسيير المرفق العام، وضمن هذا النوع من العقود. فالإدارة تحتفظ بسلطة الرقابة والتوجيه، بشكل عام يكون منصوص عليها بدفاتر الشروط التي تهم إدارة المرفق، وكل إهمال في استخدام هذه السلطة ينعكس على المنتفعين. وهذا ما يؤكد عليه الفقيه (جيز) بأن الإدارة مجبرة على التحقق من أن المرفق العام يسير على أحسن وأكمل وجه، وأهمية الرقابة من قبل الإدارة تتمثل في(٢) :

- ممارسة الإدارة الرقابة الدائمة يجبر الملتزم أن يقدم كافة المواد والمعلومات المطلوبة من قبل الإدارة، وأن يجيب على كافة التساؤلات سيما المتعلق منها بسعر التعرفة التي تحدد لاحقاً من قبل الإدارة، فالملتزم لا يستطيع أن يرفع سعر التعرفة دون موافقة مسبقة من قبل الإدارة.

- صحيح أن الإدارة تستخدم سلطتها في فرض الأوامر الإدارية على المتعهد كونها المسؤولة عن تحقيق المصلحة العامة عندما تقدر عدم الكفاءة الإدارية من قبل الملتزم ، لكن هذا لا يعني على الإطلاق أن تتحول هذه السلطة إلى سلطة وصاية ، لأن هذا لا يتطابق مع

---

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٥٧.

(٢) احمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، مرجع سبق ذكره ، ص٢٢١.

الطبيعة القانونية للعقد التي تعطي الحق بالاستقلالية بإدارة وتسيير المرفق العام بالرغم من حق الإدارة بسلطة الرقابة والإشراف ضمن ما هو محدد بالعقد.

وبعد ما بينا نطاق تطبيق سلطة الرقابة والتوجية سوف نتناول في المطلب التالي حدود هذه السلطة.

المطلب الرابع

حدود سلطة الرقابة والتوجيه

كمـا أسـلفنا سابقا للإدارة الحق باستعمال سلطة الرقابة والتوجيه بشكل واسع في مجال العقـود الإدارية من أجل إشباع الحاجات العامة، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة فهناك ضوابط تنظمها وهي:

أولاً: احترام الهدف المنشود من العقد:

ويعنـي هذا أنه في حال استخدام هذه السلطة من قبل الإدارة، يجب أن يكون الهدف منها فقـط حسن تسيير المرفق العام ولا يجوز على الإطلاق أن تستخدم هذه السلطة دون أي اعتبار للمرفق، فيجب عليها عند اتخاذ قرارها أن تستند على المتطلبات الجديدة من أجل تحسين نوعية الإنتاج والمواد وتسيير المرفق . وفي حال أن تم استخدام هذه السلطة بدون تبرير فيجب على الإدارة تعويـض المـتعاقد لأن القاضـي يـنظر بالأسباب التي دعت الإدارة لاتخاذ مثل هذا القـرار(١). وللمـتعهد الحـق حتى في حال استخدام الإدارة سلطتها بشكلها الصحيح أن يطلب الـتعويض عـن الأضـرار التي أصابته من جراء عمل الإدارة، إذا كانت الالتزامات الجديدة تتجاوز الحدود المنصوص عليها بالعقد، وتؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد.

---

(١) أنظـر علـى سـبيل المـثال قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٨٠/٧/٤، المشار إليه في مجلة قرارات مجلس الدولة، ص ٧٩٠.

ثانيا: احترام طرق ممارسة تنفيذ العقد:

حقــيقة، وكمــا رأينا يمكن أن تمارس الإدارة سلطتها في إجبار المتعاقد أن يتبع طريقة معينة في التنفيذ، ومع ذلك، فأن الإدارة ملزمة في احترام المعايير، أو الإجراءات المعترف بها قانونــا أو تنظــيماً. وهكــذا يجــب أن يكون القرار صادر عن سلطة مختصة،وفي حالة عدم الاختصاص أو عدم احترام الإجراءات الشكلية،يحق للمتعاقد منازعة القرار بعدم الشرعية أمام قاضي العقد استناداً على مبدأ تجاوز السلطة.

ثالثاً: احترام الطبيعة القانونية للعقد:

على الإدارة في حالة استخدامها لحقها في سلطة الرقابة الإلتزام باحترام الطبيعة القانونية للعقد والذي يعني أنها لا تستطيع تحت أي ظرف كان أن تعدل، أو تبدل في طبيعة العقد بحجة ســلطتها هذه ، ففي عقود الأشغال العامة مثلا صحيح أن الإدارة تبقى سيدة الأعمال إلا أنها لا يمكن أن تحل محل المتعاقد . ولكن هذا لا يعني أن المتعهد يكون في هذه الحالة تابع تبعية كاملة للإدارة لأنه لا يستطيع التصرف بشكل وحيد الطرف في العديد من الأمور مثل اختيار العمال، والأدوات الضــرورية اللازمــة لتنفيذ الأعمال، ويقتصر دور الإدارة على رقابة وتوجيه تنفيذ الأعمال ضمن مجال العقد ولا يجوز تجاوز هذا المجال . أمّا فيما يتعلق بعقود الامتياز، فالإدارة لا تســتطيع اســتخدام حقها في الرقابة والتوجيه ؛ لأن الرقابة والتوجيه تحول الطبيعة القانونية للعقد ضمن نطاق مثل هذه العقود تكون الإدارة قد فوضته شخصياً بإدارة المرفق والذي له شيء مــن الاستقلال، وهذا يعني أن أي تجاوز لسلطة الرقابة تحول عقد الالتزام إلى نوع الاستخدام المباشــر مــن قبل الإدارة وهذا لا يتطابق مع طبيعة هذا النوع من العقود .فالإدارة تستطيع أن تشــرف فقــط علــى تنفيذ التزامات المتعاقد طبقاً للقوانين والأنظمة والاتفاقات. فسلطة الرقابة والتوجــيه تصل إلى حد التدخل في تغيير تنفيذ العقد من النواحي الإدارية، والفنية، والمالية. أمّا فيما يتعلق في عقود التوريد فهذه السلطة تضعف لأن الأصل في هذه العقود أن المُورّدْ هو الذي يخــتار طــريقة التنفيذ ما لم يرد في العقد أو في القوانين أو الأنظمة نصوص في خلاف ذلك . ويســلم مجلــس الدولــة الفرنسي للإدارة بسُلطات واسعة في الرقابة فيما يتعلق باختيار المواد وطرق التنفيذ ، لأن الإدارة هي صاحبة المشروع ولها الحق بالتالي في توجيه التنفيذ.(١) وهناك سلطة أخرى في يد الإدارة أخطر من هذه السلطة ألا وهي (سلطة التعديل).

---

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٥٧.

المبحث الثاني

سلطة الإدارة في تعديل العقد

يعد التعديل كسلطة من ابرز ما يميز سلطات الإدارة في العقد الإداري، حيث تستطيع الإدارة التدخل في أي وقت وأية مرحلة في تعديل شروط العقد وإنقاص أو زيادة التزامات المتعاقد معها وبإرادتها المنفردة، دون أن يؤثر ذلك في القوة الملزمة للعقد . وان لها دائما حق تغيير شروط العقد، وإضافة شروط جديدة بما يتفق مع الصالح العام بشرط ألا يصل التعديل إلى استبدال العقد.

وسنقوم بدراسة هذه السلطة من خلال تحديد ماهيتها، وأساسها القانوني، وصور هذه السلطة، ثم شروط استعمال الإدارة لها وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: ماهية سلطة التعديل.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة التعديل.

المطلب الثالث: صور سلطة التعديل.

المطلب الرابع: شروط استعمال الإدارة لسلطة التعديل.

المطلب الأول

ماهية سلطة التعديل

للإدارة بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه أن تُعَدِّل من شروطه بما يزيد أو ينقص من التزامات المتعاقد الآخر دون الحاجة لموافقته[١].

---

(١) د. محمد وليد العبادي، ود. أحمد أبو شنب، التعديل الانفرادي في مجال العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة المنارة، جامعة آل البيت، المجلد ٣، العدد ٢، ١٩٩٨، ص ص ٨٨-٨٩.

أما في الفقه والقضاء الفرنسيين فأنه وحتى عام ١٩٠٠ كانوا يعتبرون أن العقد الإداري لا يتميز عن العقد المدني مهما كان هدفه .فالإدارة في هذه الحالة تجد نفسها على قدر المساواة مع الفـرد العـادي بحيـث لا تتمتع بأي سلطة أو امتياز على الطرف المتعاقد وفي حال مخالفتها لنصوص العقد تُفرّضْ بحقها العقوبات اللازمة[١].

وهـذا مـا أكـده مجلس الدولة في إحدى قراراته بأن الإدارة لا تستطيع أن تعدل العقد الإداري إلا بموافقـة الطـرف المتعاقد، أما في حال أن الإدارة استخدمت هذه السلطة بناءً على نص قانوني أو تنظيمي فلا يجوز أن تتجاوز السلطة الممنوحة لها ضمن هذه النصوص[٢].

ولكن حدث تحول منذ عام ١٩١٠ فأصبحت قرارات مجلس الدولة الفرنسي تميل إلى حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بشكل منفرد ضمن بعض الشروط[٣].

وتطبـيقا لذلـك فمجلـس الدولة لم يأخذ بالطعن المقدم من قبل أحد الوزراء وتبنى قرار المحكمـة الإداريـة في مدينة بوردو وذلك لإن الإدارة لا تستطيع استخدام سلطتها في التعديل المـنفرد (عقـد الاشـتراك بالهـاتف) حيث أن هذا العقد مجدد بطريقة تشريعية وتنظيمية، واعتبرت أن تعديل هذا العقد لا يتم إلا عن طريق تشريعي أو تنظيمي.

من خلال هذا القرار نستطيع أن نستخلص الملاحظات التالية:-

- إنّ مجلـس الدولـة أكد بشكل واضح وصريح وجود حق للإدارة في تعديل عقودها الإدارية بشكل منفرد كونه نص على : (أن القواعد العامة المطبقة في العقود الإدارية تسمح للإدارة وحدها بتعديل عقودها الإدارية من أجل تنظيم إدارة المرافق العامة).
- إنّ حق الإدارة بالتعديل حق مقيد بحسن تسيير المرفق العام كما أنّهُ أيضاً نص عندما يكون الموضوع يتعلق بعقد محدد بقانون، أو نظام فلا تستطيع الإدارة استخدام سلطتها فـي الـتعديل؛ لأنـه فـي مـثل هـذه الحالـة لا يجـوز تعديلـه إلا بقانون، أو

---

(١) قـرار مجلس الدولة في ١٨٩١/١٢/٢٦، قضية غاز مدينة سانت اتيين، المنشور في سيري عام ١٨٩٤، ص ١١١ فقرة (١).

(٢) قرار مجلس الدولة ١٨٩٨/٣/١١، قضية وزير الأشغال العامة، مجلة قرارات مجلس الدولة، ص ٢٢٤.

(٣) مجلس الدولة، ١٩٨٥/٥/٦، قضية السيد ريكاردو وزير الهاتف، المجلة الفرنسية للقانون الإداري، ص ص ٦٩٧، ٧٠٣.

مرسوم، وهذا يعني أنه لا يمكن التعديل إلا عن طريق النصوص العامة التي تنظمه. وبسبب خطر هذه السلطة، لابد من وضع قيود على استخدامها ويبقى اتفاق الأطراف هـو الأساس ويستطيع المتعاقد طلب التعويض عن الإضرار التي أصابتهُ من جراء قرار الإدارة في حال إختلال التوازن المالي للعقد.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لسلطة التعديل

اختلف الفقهاء حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري على النحو التالي:

١. الرأي الأول: يرى بعض الفقهاء أنّ الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري يستند على أساس فكرة السلطة العامة[١]، وبالتالي تعتبر سلطة الإدارة في التعديل سلطة اصليه لا يمكن تقييدها مطلقاً، لأنها من النظام العام.

وهذا الاتجاه يرى أن سلطة التعديل ما هي إلا ضابط للعقد فيما يتصل بالمصلحة العامة لا يعـترف للإدارة بهذه السلطة من خارج العقد، وفي هذا مخالفة واضحة لما يجري عليه القضاء في الوقت الحاضر حيث يعترف للإدارة بالتعديل من خارج العقد ومن داخله.

٢. الـرأي الثاني:- يرُجع سلطة التعديل إلى امتياز التنفيذ المباشر الذي تملكه الإدارة في جميع العقود الإدارية وفي سائر الأعمال الأخرى[٢] وهذا الرأي على قوته إلا انه بحاجة إلى سند آخر لكـي يـتقلص حجـم التعميم بصدد هذه الفكرة، ولكي لا تكون سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري جزء من سلطتها في الضبط الإداري بصورة عامة، وهذه ناحية بعيده عن العقد.

(١) محمد وليد العبادي، ود. أحمد أبو شنب، التعديل الانفرادي في مجال العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٩٤.
(٢) أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٠.

٠٣ الرأي الثالث:- يرى أن أساس سلطة التعديل نابع من مبدأ سير المرافق العامة وقابلية هذه المرافق للتغيير[١].

٤. الرأي الرابع يقيم هذه السلطة على مبدأ دوام سير المرافق العامة وقابليتها للتغيير حسب تغير الحاجات العامة والتطورات التكنولوجية وبالتالي فإن على الإدارة اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة من أجل تأمين المصلحة العامة، فالإدارة التي تعاقدت مع الغير لإشباع الحاجات العامة تبقى على الدوام المسؤولة عن حسن تسيير المرفق العام وبالتالي تحقيق المصلحة العامة، وطالما أن احتياجات المرفق العام قابلة للتغير مع الزمن يتوجب على الإدارة مطابقة العقد مع التغيرات المستجدة للمرفق العام[٢].

واستناداً إلى مبدأ ((سير المرافق العامة بانتظام واطراد)) فإن سلطة الإدارة بتعديل العقد تكون مستمدة من العقد، وليس استناداً إلى السلطة العامة، وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا في قرار لها حيثُ ذهبت إلى أن : (للإدارة سلطة تقديرية في تقدير المرفق العام وتنظيمه شريطة عدم المساس بحقوق الأفراد والموظفين.......)[٣].

ومن هذا القرار يتضح أن محكمة العدل العليا أخذت بمعيار المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة بتعديل العقد الإداري بصورة منفردة دون الحاجة إلى موافقة المتعاقد معها على هذا التعديل، ودون الحاجة إلى النص على سلطة الإدارة بالتعديل الانفرادي للعقد المبرم معها.

وفي حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية بهذا الخصوص أكدت أنه : ((.... هذه السلطة أن الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة – على خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم – حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من الأعباء الملقاه على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها، وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقدة عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما ينص عليه العقد، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل، ومن غير أن يحتج عليها بقاعدة (الحق المكتسب) أو بقاعدة (العقد

---

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩١، ص ص ٥٤٣-٥٤٤، د. نواف كنعان، القانون الإداري الأردني، مطابع الدستور التجارية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، ص ص ٣٥٦-٣٥٨.

(٢) د. محمد فؤاد عبد الباسط ، القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٩٠، ص ٣٩٩.

(٣) قرار محكمة العدل العليا رقم ٩٥/١٢، منشور في مجلة نقابة المحامين، ١٩٩٧، ص ٥٣٣.

شـــريعة المتعاقديـــن) فـــلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين، وذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقـــيامها علـــى فكـــرة (اســـتمرار المـــرافق العامة)، تفترض مقدماً حدوث تغيير في ظروف التعاقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق ٠٠٠))[١].

المطلب الثالث

صور سلطة التعديل

تســـتعمل الإدارة سلطتها بتعديل العقد الإداري بشكل منفرد بصور متعددة، فهي إما أن تعدل من كميات العمل بالزيادة، أو النقصان، أو تعدل في الأساليب والوسائل المستخدمة في تنفيذ العقد، أو تعدل في المدة المحددة لتنفيذ العقد إما بتنفيذها، أو بالتنقيص منها على النحو التالي:

أولا: التعديل في مقدار الالتزامات:

للإدارة وبسلطتها المنفردة أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان ســـواء قـــبل المتعاقد بهذا التعديل أم لم يقبل، وسواء ورد نص في العقد على هذه السلطة أم لم يـــرد، والسبب في ذلك أن المتعاقد مع الإدارة عندما وافق على التعاقد معها كان يعلم مسبقاً بأنه يشـــارك الإدارة في تسيير المرفق العام وسد حاجاته، وبالتالي فهو يلتزم ضمناً بالتعديلات التي تتطلبها احتياجات المرفق العام للحفاظ على سيره بانتظام واطراد[٢].

وقـــد نصت المادة ٥ من نظام اللوازم وتعليمات إجراءات العطاءات الأردني على أنـــه ((يجـــوز للجـــنة العطاءات أن تنقص، أو تزيد من الكميات المطلوبة في دعوة العطاء قبل الإحالة دون الرجوع إلى المناقص أو بعد الإحالة بموافقة المتعهد على..))

ونجد هذا الحق في مصر في ظل لائحة المناقصات والمزايدات حيث نصت المادة ((٨٧)) منها في فقرتها الأولى على أن(تحتفظ الوزارة أو المصلحة أو السلاح بالحق فـــي تعديـــل العقد بالزيادة أو النقص حدود١٥% في عقود التوريد و٣٠% في عقود

---

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، ص ٤٦١.

(٢) د. محمد باهي أبو يونس، أحكام القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٧.

توريــد الأغذية و٢٥% في عقود الأعمال دون أن يكون للمتعهد أو المقاول الحق في المطالبة بالتعويض عن ذلك)[١].

لكن سلطة الإدارة في تعديل الالتزامات المترتبة على المتعاقد معها مقيد بشرط: ألا يتــناول التعديل نوع الالتزامات بل يقتصر التعديل على مقدار الالتزام. وسوف نتناول هذا القيد في الجزء المتعلق بشروط استعمال سلطة التعديل الانفرادي.

ثانــيا: التعديل في أساليب وسائل تنفيذ العقد:- للإدارة من أجل الحفاظ على ســير المــرفق العــام بانتظام واطراد وكذلك إشباع الحاجات العامة أن تعدل بعض نصــوص العقــد في حالة الضرورة، بأن تأمر المتعاقد معها بأن يستخدم وسائل فنية أكــثر تطــوراً مــن الوسائل التي كانت موجودة أثناء إبرام العقد، وعلى المتعاقد مع الإدارة أن ينفذ الأوامر دون أن يكون له حق الاعتراض على ذلك بحجة أنه مخالف للعقد المبرم بينه وبين الإدارة[٢].

على أنه إذا لحق المتعاقد أي ضرر نتج عن هذا التعديل فله أن يطالب الإدارة أن تعوضه عن الضرر الذي لحق به جراء هذا التعديل.

ولقــد أثير أمام مجلس الدولة الفرنسي، البحث عن مدى حق الإدارة في فرض التحســينات الجديــدة على الملتزم، بإجباره على مجارة التقدم العلمي في كيفية أداء الخدمــة وكــان ذلك على وجه الخصوص في مجال إحلال الإضاءة بالكهرباء، محل الإضــاءة بالغــاز، وذلــك انه وفقاً للقواعد العامة في التعديل لا يمكن إجبار ملتزم الإضــاءة بالغــاز على استعمال الكهرباء، كما انه لا يمكن من ناحية أخرى تعطيل الصالح العام احتراماً لقواعد العقد. ولهذا فقد استطاع مجلس الدولة الفرنسي أن يخرج مــن هذا المأزق عن طريق حل وسط بمقتضاه لا تستطيع الإدارة أن تفرض بإرادتها المــنفردة على شركات الغاز استعمالِ الكهرباء في الإضاءة، ولكنه حرر الإدارة من الالتزام الواقع على عاتقها بمقتضى العقد، والذي يقضي بأن تضمن الإدارة لشركات الإضــاءة عدم المنافسة بمعنى أن للشركات القديمة أن تزاول نشاطها. ولكن للإدارة

---

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٦٠.

(٢) د. محمد باهي أبو يونس، أحكام القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٧.

بعد إنذار تلك الشركات باستعمال وسيلة الإضاءة الجديدة وهي الكهرباء، أن تتعاقد مع ملتزمين جدد، يكون في وسعهم مجاراة التقدم العلمي الجديد[١].

ثالثاً: التعديل في المدة المحددة لتنفيذ العقد:- للإدارة كذلك أن تعدل وبإرادتها المنفردة في البرنامج الزمني للتوريدات أو تنفيذ الأعمال[٢].

ويكون التعديل في المدة المحددة في تنفيذ العقد إما بأن تقصر من المدة المحددة لتنفيذ العقد وذلك لضرورات المرفق العام بأن توجه للمتعاقد معها أوامر بالإسراع في تنفيذ العقد، أو قد توجه الإدارة أوامر للمتعاقد معها بأن يتأخر في تنفيذ العقد ؛ أي أن يطـيل مـدة التنفيذ أو يوقف التنفيذ بشكل نهائي إذا اقتضت ضرورات المرفق العام ذلك.

وفـي كل الأحوال يحق للمتعاقد مع الإدارة أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحق به جراء هذا التعديل.

المطلب الرابع

شروط استعمال الإدارة لسلطة التعديل

إن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون أن يكون للمتعاقد معها الحـق في الاعتراض على هذا التعديل، ودون أن يكون في العقد نص على هذه السلطة، ليست سلطة مطلقة، وإنما هي سلطة مقيدة بعدة شروط وهي:-

أولاً:- أن تقتصـر سـلطة الإدارة في التعديل على الشروط المتعلقة بسير المرفق العام بانتظام واطراد مثل: أسلوب العمل به، والخدمات التي يؤديها للجمهور، وطريقة تنفيذ العقـد

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، مرجع سبق ذكره، ص ٤٧٨-٤٧٩.

(٢) د. محمد باهي أبو يونس، أحكام القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٧.

الإداري، والجداول الزمنية لمعدلات التنفيذ، والجوانب الفنية والإدارية للتنفيذ فهذه التعديلات تتم بإرادة الإدارة المنفردة دون رضاء المتعاقد(١).

وطبق المشرع الأردني هذا المبدأ وأقر للإدارة بسلطتها بالتعديل، وذلك يتضح في عقود امتـياز بعض المرافق العامة كامتياز شركة مصفاة البترول، وامتياز شركة كهرباء عمان حيث أجـاز للإدارة مانحة الامتياز التدخل في التعديل في بعض امتيازات حامل الامتياز بالزيادة أو النقصـان، أي بمقـدار الخدمة المقدمة للمنتفعين في مجال عقد الامتياز حينما يطلب مستهلكي الكهرباء في منطقة الامتياز تأمينهم بالطاقة الكهربائية في عقد امتياز شركة كهرباء عمان(٢) أو تأمين حاجة السوق المحلي من المواد البترولية في عقد امتياز شركة مصفاة البترول الأردنية(٣).

أمـا الشـروط المالية للعقد الإداري فلا تملك الإدارة أن تعدلها، مثل أجرة المستحق عن عمله، وثمن السلع والخدمات التي يقدمها للإدارة، أو الأرباح التي تتحقق له من ممارسة نشاطه، أو القروض، أو الفوائد التي تلتزم الإدارة بتقديمها له(٤).

وترك الحرية لإرادتها في التعديل دون مراعاة هذه الناحية يؤدي إلى نفور المتعاقدين من التعاقد مع الإدارة مما تتعطل معه خدمات المرافق العامة، خاصة في الأوقات التي تكون الإدارة فيها بحاجة إلى مساعدة القطاع الخاص في البناء والتنمية.

ويـرى الـبعض أن هناك استثناءً واحداً على هذه القاعدة ويتمثل في جواز تعديل أجور وأسـعار السلع في عقود التزام المرافق العامة وهنا ينبغي مراعاة حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض الكامل متى كان لذلك التعويض محل(٥).

---

(١) د. إبراهيم علي، القانون الإداري، الطبعة الأولى، منشورات كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ١٩٩٥، ص ٤٣٠.

(٢) م (٦٠) مـن قانون امتياز شركة الكهرباء الأردنية المساهمة في عمان رقم (٥٠) لسنة ١٩٥٠ والمعدل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٥٨.

(٣) م (٢٠) من قانون امتياز شركة مصفاة البترول الأردنية رقم ١٩ لسنة ١٩٥٨.

(٤) د. إبراهيم علي، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٤٣٠.

(٥) د. حسـين درويـش، النظرية العامة في العقود الإدارية، مكتبة الأنجلو مصرية، القاهرة، الجزء الثاني، ١٩٥٨، ص ١١٨.

وبـــناءً على هذا الشرط يجب أن يكون التعديل من حيث المقدار ونطاق التعديل من حيث مـــا يترتـــب علـــيه مـــن أعباء جديدة تقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة في الحدود الطبيعية والمعقولـــة والمقـــبولة مـــن حيث نوعها، وأهميتها في نطاق موضوع العقد بحيث لا تتجاوز إمكانـــيات المتعاقد الفنية والمالية، أو أن يكون من شأنها أن تقلب التعاقد رأساً على عقب بحيث يكـــون المتعاقد أمام عرض جديد، أو تغيير في موضوع العقد، أو محله، وإلا جاز للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد وطلب التعويض.(١)

ثانياً:- يجب أن يكون هناك ظروف استجدت بعد إبرام العقد تبرر إجراء التعديل، ويدخل فـــي مفهوم الظروف تقدير مقتضيات سير المرافق العامة(٢). وهذا التوسيع لسلطة التعديل التي تمـــتلكها الإدارة لا يخـــل بمشروعية التعديل ما دام يستجيب للقواعد التي تنظم المرافق العامة، وأمـــا هـــذا الشرط الذي يمهد للتعديل الذي يكون ضرورياً على حساب ما يستجد من متغيرات جديدة وبقدر ما تريد الإدارة إدخاله من مواصفات جديدة على العقد من شأنها إحداث تغيير على الظرف الاقتصادي للعقد.

ومن الظروف التي تسمح للإدارة بتعديل العقد(٣):-

١. إذا كان عدم التغيير أو عدم الإضافة من شأنه أن يسبب تأخير في العمل أو ضرراً كبيراً به من الناحية الاقتصادية والفنية.

٢. إذا كـــان عـــدم التغيـــير يؤدي إلى عدم إمكانية الاستفادة من أعمال المقاولة على الوجه المطلوب عند انجازها.

ويكـــون تغيير الظروف موجود بكثرة في عقود التوريد خاصة ذات المدة الطويلة فيكون لـــلإدارة إجراء التعديل على الأسعار، وعلى نوعية السلع، أو إعادة تنظيم المرفق الذي انصب عليه التوريد بمواصفات جديدة مثل:- استبدال الإدارة المدافيء الغازية بالمدافيء النفطية كجزء من حقها في تقليص كمية الوقود المستخدم(٤).

---

(١) د. محمود حلمي، العقد الإداري، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٧٧.

(٢) د. إبراهيم علي، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٤٣٠.

(٣) د. محمود الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ١٥٣.

(٤) د. محمود الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٤.

ثالـثا:- يجـب أن يصــدر التعديل من السلطة المختصة بذلك وفقاً للإجراءات والأشكال المقررة في القانون فيجب إفصاح الإدارة عن إرادتها في التعديل بقرار صريح، وعادة ما يكون التعديل بواسطة كتاب تحريري يبلغ للمتعاقد مع الإدارة يتضمن وصف العمل المنوي تعديله أو إضافته أو كمية العمل أو السعر أو المدة المتعلقة بالتنفيذ[١] ، وذلك لكي لا يؤثر على سير العمل لديه ، ولكي لا تضيع حقوقه مع الإدارة إذا قام بأعمال إضافية ، فقد تنكر الإدارة طلبها بإجراء تعديلات على مضمون العقد فتكسب بدون سبب.

غير أنه يجوز في بعض الحالات الخاصة والضرورية وبموافقة الوزير المختص تكليف المتعاقد القيام بالأعمال الإضافية دون اتباع الشكليات المذكورة ،على أن يتم تحديد السعر والمدة بأقرب وقت ممكن وقبل صدور شهادة الاستلام النهائي[٢].

يتضح مما سبق أن سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون أن يكون للمتعاقد معها الحق في قبول أو رفض التعديل ليست سلطة مطلقة للإدارة، بل هي سلطة مقيدة بعدة قيود علـى الإدارة ألا تخالفها وإلا اعتبرت متجاوزة لحدود مبدأ المشروعية التي تعتبر الإطار العام الذي يحكم جميع أعمال الإدارة، وهذا يوجب عليها احترام حكم القوانين والأنظمة والتعليمات.

---

(١) د. محمد باهي أبو يونس، أحكام القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ص ٣٤٠-٣٤١.

(٢) د. محمود الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٤.

المبحث الثالث

سلطة الإدارة في فرض الجزاءات

للإدارة سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد معها إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته بأي وجه من الوجـــوه، سواء كان بالامتناع من جانبه عن تنفيذ العقد، أو بتأخيره في التنفيذ، أو بالتنفيذ غير المرضـــي، أو بإحلال غيره في التنفيذ دون رضاء الإدارة،فللإدارة في جميع هذه الحالات بأن توقع على المتعاقد معها جزاءات لا يألفها الأفراد في عقود القانون الخاص، بل من غير الجائز أن ترد في تلك العقود.

وتخــتلف أنــواع الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها عند إخلاله في تنفــيذ الــتزاماته،وهذه الجــزاءات قــد تكون جزاءات مالية كالتعويض،أو الغرامات التأخيرية ومصادرة التأمينات، أو تكون بمثابة وسائل ضغط مثل وضع المشروع تحت الحراسة، وسحب العمــل، والشــراء على حساب المتعاقد والحلول محله في التنفيذ، وكذلك لها سلطة فسخ العقد وإســقاط الالــتزام، وهناك الجزاءات الجنائية. وسوف نتناول بالبحث كل نوع من أنواع هذه الجزاءات من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: الجزاءات المالية

المطلب الثاني: الجزاءات غير المالية.

المطلب الأول

الجزاءات المالية

الجــزاءات المالــية هي:- عبارة عن المبالغ التي يحق للإدارة مطالبة المتعاقد بها عندما يخل بالتزاماته التعاقدية، وهي على أنواع مختلفة وسوف ندرسها في ثلاثة فروع هي:

الفرع الأول: التعويض

الفرع الثاني: الغرامة التأخيرية

الفرع الثالث: مصادرة التأمينات

وسوف نناقشها بشيء من التفصيل

الفرع الأول: التعويض

يقـول الـبعض إن التعويض لا يعتبر من الجزاءات الإدارية لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامـة في القانون الخاص[١] ، إلا أن هذا الرأي غير صحيح لأنه ما دامت الإدارة لديها القدرة على الحصول على التعويض بنفسها دون عرض الأمر على القضاء مقدماً فإن ذلك يكفي للقول بأن سلطة الإدارة تظهر فيه بشكل واضح وجلي وبما يكفي لاعتباره من نوع الجزاءات المالية.

فـيرى فـريق آخر أن التعويض وإن كان يعتبر جبرا للضرر الذي يصيب الإدارة نتيجة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته إلا أنهُ يختلف عن التعويض المنصوص عليه في العقود المدنية ، لأنـه في نطاق العقود الإدارية يحمل معنى إرغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية أكثر من معنى جبر الضرر.

ولمـا كـان مبلغ التعويض ليس معلوم المقدار سلفاً فإن الإدارة لا تستقل بتقديره لوحدها بالـرغم من قدرتها على اقتضائه من المتعاقد، حيث يستطيع الأخير الطعن في تقدير التعويض أمـام المحكمة التي تتولى حينها تقدير ظروف العقد من خلال الدعوى، ويرى بعض الفقهاء أن الـتعويض فـي العقود الإدارية له دور أقل مما له في العقود المدنية إذ أن أي تعويضات مهما كانت قيمتها لا تعتبر تعويضاً عادلاً عن الضرر الذي يحدث للإدارة، والسبب في ذلك هو تعلق الفـائدة مـن العقد الإداري بأشخاص هم ليسو أطراف في العقد بل منتفعين من خدمات المرفق العـام الـذي يتعلق به ذلك العقد فالأفراد هم المنتفعين من العقود الإدارية[٢] والتعويض بعكس الغرامات المالية لا يحكم به القاضي إلا إذا ثبت الضرر، كما هو الشأن في القانون الخاص[٣].

---

(١) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٤٥.

(٢) د. عـبد المجـيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥، ص ١٨١.

(٣) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥١٠.

الفرع الثاني:- الغرامة التأخيرية .

تختلف الغرامات التأخيرية عن تعويض الأضرار التي تلحق بأحد المتعاقدين نتيجة إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته العقدية وهذه الغرامات تفرضها الإدارة سواء نص عليها في العقد أم لم ينص.

والغـــرامة التاخيرية:- عبارة عن تعويض جزائي يكون من حق الإدارة توقيعه دون أن تلتزم بإثبات أن ضرر ما قد لحق بها ، بل أن الضرر يكون مفترضاً دائما بمجرد التأخير[١]، أو عـــند عـــدم قـــيام المـــتعاقد مـــع الإدارة بتنفيذ التزاماته ، أو نفذها بشكل معيب لا ينسجم مع المواصفات وجداول الكميات والخرائط التفصيلية ...

ويـــرى الـــبعض أن سلطة الإدارة في فرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد معها ثابتة دون أن تلـــزم الإدارة بإثبات أن ضرراً لحق بها ، لأن مجرد التأخير في أعمال المرافق العامة يعني أن الضرر متحقق وقوعة.

أمـــا في الأردن فأن غرامات التأخير تحددها الإدارة العامة سلفاً في متن عقودها الإدارية الـتـــي تبرمها مع القطاع الخاص ، ولا يعتبر من النظام العام بحيث يكون من صلاحية القاضي تعديلهـــا زيادة أو تخفيض بما يتناسب مع الضرر الواقع فعلا[٢]. وينبغي على الإدارة أن تصدر قـــراراً إدارياً يخولهـــا التنفيذ على المتعاقد بمبلغ الغرامة، وكذلك يجب أن يصدر القرار عن الإدارة صاحبة الاختصاص. وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الأردنية في قرار لها:-

((لا يملك مساعد القائد العام صلاحية إصدار قرار باستلام البضاعة وفرض غرامة على المـــتعهد المخل بشروط العقد ويكون قراره باطلا لصدوره عن جهة غير مختصة لأن السلطة المخولـــة بإصـــداره هو القائد العام ٠إذا أصدر القائد العام قراره بصفته هو صاحب الصلاحية باتخـــاذ هذا الإجراء، ولم يصدره كإجازة لقرار المساعد غير القانوني فيكون القرار صادراً عن الســـلطة المختصـــة إذا صـــدر قرار القائد العام بعد إقامة الدعوى بطلب إلزام الخزينة بـــرد

---

(١) د. محمود الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١١٨.

(٢) المادة ٣٦٤ من القانون المدني الأردني.

الغرامات إلى المتعهد فإن ذلك لا يؤثر على قانونية القرار إذ أن القانون لا يوجب إصداره خلال مدة معينة، بل يجيز إصداره بعد ثبوت إخلال المتعهد بشروط العقد))(١).

وفي قرار آخر للمحكمة ذاتها تؤكد على:

((إذا تأخـرت الشـركة المتعهدة في تسليم اللوازم التي تعهدت بتوريدها فإن رئيس هيئة الأركـان المفوض بالتغريم يملك فرض الغرامة، ولو جرى تمديداً لمدة التسليم عملاً بالمادة ١٩ مـن نظـام اللوازم والإنشاءات للقوات المسلحة رقم ٣٨ لسنة ١٩٧١. لا يغير من واقعة كون الشركة المتعهدة قد قصرت في تسليم اللوازم في الميعاد المبين في العقد أن الشخص الذي قرر تمديـد مـدة التسليم مفوض بذلك أم غير مفوض، وإن نظام اللوازم لسنة ١٩٧١ قد خول القائد العام للقوات المسلحة فرض الغرامة نتيجة التخلف عن تسليم اللوازم في الميعاد، دون أن يشترط توجـيه إنـذار وهذا يتفق مع المادة ٣٦١ من القانون المدني التي تنص على أن : (لا يستحق الضـمان إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو العقد). قرار المخالفة إذا كان الشراء قد تم مباشرة مع شركة أجنبية معينة بموافقة رئيس الوزراء بمقتضى المادة ٥/٣ مـن نظام اللوازم للقوات المسلحة لسنة ١٩٧١ فإن هذا الشراء لا يخضع للمادة ١٩ من النظام المذكور وإنما يخضع لشروط الاتفاقية الخاصة بالتعهد(٢).

يتضـح مـن هذا القرار أنه يحق للإدارة أن تفرض الغرامة التهديدية على المتعاقد عند إخلالـه بتنفيذ التزاماته دون أن يشترط توجيه إنذارله استناداً إلى نظام اللوازم للقوات المسلحة لسنة ١٩٧١.

وقـد قـررت محكمة القضاء الإداري المصرية عدة مبادئ هامة بشأن الغرامة التأخيرية وهـي (تتميز الغرامة بأنها اتفاقية لأنها تحدد مقدما في العقد فإذا لم يكن قد نص عليها في العقد فـلا يجوز للإدارة أن تسعى إلى تطبيقها على المتعاقد معها ٠٠٠ وتطبق بمقتضى قرار إداري دون الحاجة إلى الإلتجاء إلى القضاء٠٠٠)(٣).

---

(١) تمييز حقوق رقم ٥٨/٤٤، منشور في مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٨، ص ٥٥٥.

(٢) تمييز حقوق رقم ٨٣/٤١٩، منشور في مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٤، ص ٩١٠.

(٣) وهذا وارد في كتاب العقود الإدارية للدكتور محمود الجبوري، مرجع سبق ذكره، ص ١١٩.

وتوقيع الغرامة التأخيرية ليس أمراً وجوبياً وإنما رخصة منوحة للإدارة لها أن تستعملها ولها أن تتجاهلها[١].

وبناءً على ما سبق فإن الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية لها عدة خصائص هي:-

- إنّها تحمل معنى العقوبة، كجزاء تقوم الإدارة بتوقيعه أكثر من احتمالها معنى التعويض، ذلك كونها مبلغاً محدداً سلفاً يشترط توقيعه بمجرد التأخير ولا تمثل تغطية حقيقية للضرر الذي يصيب الإدارة[٢].

- إن النص على الغرامة يعني وجوب الالتزام بأن لا يزيد مبلغ الغرامة عما هو منصوص عليه، ولا يستطيع المتعاقد مع الإدارة الاعتراض على توقيع الغرامة بحجة أنّ الإدارة لم يصلها ضرر لأن الضرر هنا متحقق بمجرد وقوع التأخير، ولأن الغرامة تنطوي على معنى العقوبة[٣].

- يجري توقيع الغرامة بقرار إداري تصدره الإدارة ، وللمتعاقد أن يلجأ إلى القضاء ، فإذا تبين للقاضي عدم مشروعية القرار يحكم بإلغائه[٤].

الفرع الثالث:- مصادرة التأمينات

التأمينات:- هي مبلغ من المال يودع لدى الجهة الإدارية المتعاقدة تتوقى به آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري، ويضمن لها قدرته على مواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره . وتستطيع الإدارة فرض المصادرة بنفسها دون حاجة لصدور حكم من القضاء ودون أن تلزم بإثبات الضرر الذي لحق بها جراء الإخلال بشروط العقد أو أن خسائر قد أصابتها جراء ذلك.

ويمثل مبلغ التأمين الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضائه ولكنه لا يمثل الحد الأقصى، فللإدارة أن تطالب المتعاقد معها تكملة ما يزيد على مبلغ التأمين الذي لا يفي بالتعويضات اللازمة عما أصابها من أضرار حقيقية، ومن ثم على الإدارة خصم مقدار التأمينات المصادرة من مبلغ التعويض . وقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية إلى النص على حق الإدارة

---

(١) د. حسين درويش، النظرية العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٦.

(٢) د. إبراهيم الفياض، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٩.

(٣) د. إبراهيم الفياض، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٩.

(٤) د. إبراهيم الفياض، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٩.

بمصادرة مبلغ التأمين المودع من قبل المتعاقد مع الإدارة عند إخلاله بتنفيذ التزاماته حيث أكدت على أنه:-

(إذا كان القرار الصادر عن لجنة العطاءات المركزية بمصادرة التأمين المقدم من المتعهد والشـراء علـى حسابه وملاحقته بفروق الأسعار قد صدر وفقاً لشروط العقد المبرم بين دائرة العطـاءات المركـزية والمؤسسة المستدعية فإنّ مثل هذا القرار لا يعتبر من القرارات الإدارية بالمعـنى المنصـوص عليه في المادة (٣/١٠) من قانون تشكيل المحاكم النظامية والتي يجوز الطعـن بها أمام محكمة العدل العليا، وإنما هو قرار قد صدر عن لجنة العطاءات نتيجة لخلاف بين الطرفين على تنفيذ العقد[١].

(إذا قدم المتعهد ميعادين لتسليم البضاعة موضوع العطاء أولهما ابعد من ثانيهما وحددت الأسـعار فـي الحالة الأولى بأقل منها في الحالة الثانية فإن تخلف المتعهد عن تقديم البضاعة موضوع العطاء خلال المدة الأقصر بعد أن اختارتها لجنة العطاءات يجيز للجنة مصادرة مبلغ التأمين) [٢].

(لا لزوم لإقامة البينة لإثبات مقدار العطل والضرر وذلك لأن مبلغ العطل والضرر معين فـي العطـاء، وهـو الحق الممنوح للقائد العام بمصادرة مبلغ التأمين كله، أو جزء منه المحدد بعشرة بالمائة من قيمة البضاعة موضوع التعهد[٣].

المطلب الثاني

الجزاءات غير المالية

هذه الجزاءات ليست لها طبيعة مالية فهي لا تنطوي على تحميل المتعاقد المخل بالتزاماته أعباء مالية مباشرة كالغرامة، أو التعويض، بل تهدف هذه إما إلى الضغط على المتعاقد بإجباره على احترام التزاماته بالعقد والقيام بها على الوجه الأمثل، أو إلى إنهاء الرابطة العقدية، وعليه يمكن تقسيم الجزاءات غير المالية إلى نوعين سوف نتناولها في فرعين:-

---

(١) عدل عليا رقم ٧٤/٨٤ منشور في مجلة نقابة المحامين، لسنة ١٩٧٥، ص ١٢٠.

(٢) تمييز حقوق رقم ٧٥/١٤١ منشور في مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٥، ص ١٦٠٠.

(٣) تمييز حقوق رقم ٦٤/٢٢٤ منشور في مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٤، ص ١٠٨٩.

الفرع الأول:- الجزاءات الضاغطة .

الفرع الثاني:- إنهاء العقد.

الفرع الأول:- الجزاءات الضاغطة .

وتسمى أيضاً الجزاءات المؤقتة لأن المقصود من توقيعها على المتعاقد إرغامه على تنفيذ التزاماته بموجب العقد(١)، فهي لا تنهي العقد بل تؤدي إلى إحلال الإدارة، أو غير المتعاقد محله في تنفيذ العقد مؤقتاً.

وهذه الجزاءات تتخذ صوراً متعددة:

١- وضع المشروع تحت الحراسة .

٢- سحب العمل من المقاول .

٣- الشراء على حساب المتعاقد .

١. وضع المشروع تحت الحراسة:-

وذلك بأن تضع الإدارة المشروع تحت الحراسة في حال التوقف الكلي، أو الجزئي للمرفق وهو عادة ما يكون في عقود التزام المرافق العامة، ويمكن اللجوء إلى هذه الطريقة دون أن يكون هنالك خطأ من قبل المتعاقد مع الإدارة كأن يكون التوقف راجع إلى القوة القاهرة(٢).

ووضع المشروع تحت الحراسة لا ينهي عقد الالتزام، ولا يؤدي إلى إسقاط حقوق المتعاقد الأصلي، وإنما يؤدي إلى رفع يد الملتزم مؤقتاً عن إدارة المشروع، وعند وضع المشروع تحت الحراسة فقد تديره الإدارة بنفسها، أو تختار حارساً مؤقتاً لحراسته.(٣)

---

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٢٥.

(٢) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٣.

(٣) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٢٩.

ويجب التفريق بين ما إذا فرضت الحراسة دون خطأ منسوب إلى المتعاقد، أو إذا فرضت كجــزاء على تقصير المتعاقد وإخلاله بالتزاماته، ففي الحالة الأولى لا يتحمل الملتزم المخاطر المالية التي ترتبت على إدارة المرفق، في حين يدار المشروع على حسابه وتحت مسئوليته في الحالة الثانية(١).

وبناءً على ما سبق فإنه يترتب على وضع المشروع تحت الحراسة الآثار القانونية التالية(٢):-

- استبعاد الملتزم مؤقتا من إدارة المرفق لحين الانتهاء من الحراسة.
- وأن تقــوم الإدارة بنفســها تعييــن حارس محلها بإدارة المرفق محل العقد ويبقى الملتزم مســؤولاً عــن المــرفق، كما أنَّ للإدارة الاستيلاء مؤقتاً على العدة والأدوات اللازمة لاستغلال المرفق العام والمملوكة للملتزم على أن تعاد فيما بعد بحالة سليمة.

٢. سحب العمل من المقاول:-

نعنــي بســحب العمــل من المقاول وقف المقاول من أداء أعمال المقاولة بموجب كتاب تحريــري مــن جانــب الإدارة وقيامها بتنفيذ العمل بنفسها، أو بواسطة متعاقد جديد معها على مســؤولية وحســاب المتعاقد الأول، ويرى البعض أن حق الإدارة بممارسة هذا الجزاء مرتبط بالنظام العام فلا حاجة للنص عليه في العقد(٣).

ومن الحالات التي يحق للإدارة سحب العمل من المقاول إذا تحقق التأخير في بدء التنفيذ أو الــبطء فــيه بصــورة كبيرة،مثلاً:- التوقف عن العمل مدة ١٥ يوما،أو ترك العمل كليا أو الانسحاب منه(٤). وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز الأردنية بحق الإدارة بإيقاف المقاول عن العمل بقولها:-

---

(١) د. محمود الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٨.

(٢) راجع في هذا:

- د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٨.
- د. محمود الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٢٩.

(٣) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٤.

(٤) المادة ٩٤ من لائحة المناقصات والمزايدات المصرية.

(إنّ المادة (٨) من نظام مقاولات الأشغال تحقق الغايات المنصوص عليها في المادة (١١٤) من الدستور وهي أن تراقب الحكومة إنفاق الأموال، وإنّ من حسن المراقبة منع المقاول الذي يتكرر قصوره أو تثبت عدم مقدرته على القيام بالتزاماته من القيام بالأشغال العامة[١].

- إنّ المنع الوارد في المادة (٨) من نظام مقاولات الأشغال هو إجراء إداري تقوم به وزارة الأشغال لإحالة مقاولاتها على المقاولين الأكفاء لتحصل على إنتاج سليم، واستبعاد من لا تتوفر فيه الكفاية أو ثبت تقصيره وليس في ذلك افتئات على اختصاص القضاء لا سيما أن الحرمان مقصور على مقاولات الأشغال العامة[٢].

- لا يتفق وروح التشريع تفسير المادة (٨) من نظام مقاولات الأشغال العامة بأنّها لا تمنع من إشتراك المقاول في العطاءات ، إذ يستطيع إذا أحيلت عليه أن يوكل تنفيذها إلى آخرين...).

٣. الشراء على حساب المتعاقد:-

هذا الإجراء الضاغط يتعلق بعقد التوريد من حيث قيام المتعاقد فيه بالالتزام بتوريد مهمات محددة تحتاج إليها الإدارة في قيامها بواجباتها المنوطة بها، ومن ثم فان أي تأخير أو إخلال في توريد الكميات أو العينات المتفق عليها يؤدي إلى ممارسة هذا النوع من الجزاء من قبل الإدارة[٣].

والإدارة تملك توقيع هذا الجزاء سواء نص عليه في العقد، أم لم ينص، حيث أن أي عجز من جانب المتعاقد الموّردْ يهدد المرفق العام بالتوقف، أو التأخر عن القيام بمهامه[٤].

والمشرع المصري نص على هذا الجزاء في حالة عدم قيام المتعهد بالتوريد في الميعاد المحدد خلال المدة الأصلية تستطيع الإدارة شراء الأصناف المتفق عليها على حسابه[٥].

أما بالنسبة للأردن فنجد أن محكمة التمييز الأردنية قد أكدت على هذا الجزاء في قرار لها أكدت فيه:-

---

(١) تمييز حقوق رقم ٧٨/٦٥ المنشور في مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٩، ص ١٦٣٦.

(٢) تمييز حقوق رقم ٧٨/٦٥ المنشور في مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٩، ص ١٦٣٦.

(٣) عبد الغني بسيوني، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٥٥.

(٤) د. إبراهيم الفياض، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٠.

(٥) المادة ١٠٥ من لائحة المزايدات والمناقصات المصرية.

- (إذا تخلف المتعهد عن القيام بتعهده، فيحق للقائد العام أن يشتري الكمية المطلوبة على حساب المتعهد بطريق الممارسة أو بطريق المناقصة. وإذا لجأ إلى الشراء عن طريق المناقصة فيترتب أن تتم هذه المعاملة وفق الأنظمة المتعلقة بذلك وإلا فلا تعتبر المعاملة قانونية ولا يكون المتعهد تبعاً لذلك ملزم بفرق السعر)(١).

يتضح من هذا القرار أن للإدارة الشراء على حساب المتعاقد عند إخلاله بتنفيذ التزاماته ويكون الشراء إمّا بطريق الممارسة، وإما بطريق المناقصة على أنه إذا تم الشراء بطريق المناقصة أن يتم وفق الإجراءات القانونية.

وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز الأردنية حيث جاء في قرار لها:

(إذا اختارت وزارة الأشغال العامة شراء الزيوت المعدنية بطريق المناقصة، وإن أحالت اللجنة العطاء على المتعهد ملزماً بالسعر المعين في قرار الإحالة، حيث لا يوجد في نظام مقاولات الأشغال العامة ما يجيز لوزير الأشغال العامة أو مدير الآلات والنقل زيادة السعر المذكور في قرار الإحالة فإن ما جاء بكتاب مدير الآلات والنقل من استعداد الوزارة لدفع الرسوم الجديدة التي فرضت على الزيوت المعدنية لا يرتب حقاً للمتعهد في مطالبة الحكومة لرد الرسوم التي دفعها حتى ولو كان الكتاب المذكور قد صدر بموافقة وزير الأشغال العامة. إن ما ورد في الفقرة (ب) من المادة الثالثة من نظام مقاولات الأشغال العامة من أنّ وزير الأشغال العامة، أو من يفوضه خطيا هو الذي يتولى توقيع العقود مع المقاولين نيابة عن الحكومة إنما ينحصر مفعوله بحق الوزير في التوقيع على العقد تنفيذا لما جاء بقرار الإحالة دون زيادة أو نقصان، ولا يعطيه هذا النص صلاحية الالتزام نيابة عن الحكومة بأي شيء يزيد عن السعر المتفق بموجب قرار الإحالة. إنّ الحكومة تملك في الأصل أن تصدر بين الحين والآخر تشريعاً يعدل التكاليف المالية، وإنّ إصدار مثل هذا التشريع يعتبر من الأمور المتوقعة وبإمكان كل متعاقد بصير أن يعمل لها حساباً. حيث إنّ فرض رسم على الزيوت المعدنية بعد تنظيم العقد من شأنه أن يزيد في سعر هذه الزيوت فإنه ليس للمتعهد مطالبة الحكومة بتحمل هذه الزيادة عملاً بشروط العقد التي تمنع مطالبة المتعهد بأية زيادة في الأسعار المتفق عليها)(٢).

---

(١) تمييز حقوق رقم ٦٥/٨٢ المنشور في مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٥، ص ١٠٠٦.

(٢) تمييز حقوق رقم ٧٩/١١٧، المنشور في مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٩، ص ١٢٣٤.

الفرع الثاني:- إنهاء العقد

يقصد بإنهاء العقد كجزاء:- وضع نهاية للعلاقة العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها في غير الأحـوال الاعتيادية لانتهاء الرابطة التعاقدية كانقضاء الأجل المحدد له في عقد الامتياز، أو القيام بالتنفيذ الكامل في عقد الأشغال العامة وعقد التوريد، وهو ما يعرف (بالفسخ). ويختلف الفسخ عن الجزاءات الضاغطة الأخرى في كونه جزاء يضع نهاية للرابطة التعاقدية فهو من أسباب انقضاء العقـد الإداري يـبرر وجوده حق الإدارة في العدول عن مشاركة متعاقد معها من شأن استمراره الإضرار بدوام سير المرافق العامة.

ويخـتلف الفسـخ عـن إنهاء العقد بإرادة الإدارة المنفردة لدواعي المصلحة العامة ذلك إنّ الإدارة لا تسـتطيع أن تجـري فسخ العقد الإداري إلا إذا إرتكب المتعاقد معها خطأ جسيماً، أمّا الإنهـاء الإداري فإنّه إجراء تستطيع الإدارة اتخاذه في أي وقت دون خطأ من جانب المتعاقد متى كانت دواعي المصلحة العامة تقتضي اتخاذ إجراء الإنهاء.

وبناءً على ما سبق فإن شروط الفسخ تتحدد بالآتي:-

أولاً - أن يرتكب المتعاقد مع الإدارة خطأ جسيماً، والخطأ الجسيم هو:- عبارة عن إخلال المـتعاقد بالتزام تعاقدي، أو قانوني، والإدارة وحدها تملك تقدير جسامة الإخلال بتلك الالتزامات بحيـث يمكـن توقيع الفسخ كجزاء وتحت رقابة القضاء(١). ولا تلجأ الإدارة إلى هذا الجزاء إلا مضطرة، وإذا وجدت أنّه لا فائدة ترجى من تقويم المتعاقد(٢).

ومـن الأمـثلة علـى إخلال المتعاقد بالتزاماته الذي يمنح الإدارة صلاحية فسخ العقد في التشـريع المصـري تأخير المتعهد في توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها خلال المواعيد المقررة في العقد(٣).

ثانـياً- أن يكون قرار الفسخ مشروعاً فإذا لم يستند قرار الفسخ إلى سبب صحيح يكون قرار غير مشروع(١).

---

(١) د. إبراهيم الفياض، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٥.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٤٥.

(٣) المادة ١٠٥ من لائحة المناقصات والمزايدات المصرية.

أما موقف القضاء الأردني فقد أكدته محكمة التمييز بقولها:-

- (إذا تضـــمن العقد شرطا يخول القائد العام عند إخلال المتعهد بإلزامه أن يفسخ العقد ويأمر بشراء البضاعة على حساب المتعهد بأية طريقة أخرى دونما حاجة لإتباع إجراء المناقصة المنصوص عليها في النظام[٢].

وبالتالي يحق للإدارة أن تفسخ العقد إذا أخل المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته.

وبعد أن حللنا خلال هذا الفصل السلطات الممنوحة للإدارة في إبرام عقودها الإدارية، سوف نتناول في الفصل الثاني الحقوق الممنوحة للمتعاقد في مواجهة الإدارة.

---

(١) د. إبراهيم الفياض، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٨.

(٢) تمييز حقوق رقم ٦٧/٣٧٧ المنشور في مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٨، ص ٩٢.

الفصل الثاني

الحقوق الممنوحة للمتعاقد

في مواجهة الإدارة

الفصل الثاني

الحقوق الممنوحة للمتعاقد في مواجهة الإدارة

لاشك في أن المتعاقد مع الإدارة لا يُقْدِم على التعاقد إلا لتحقيق غايات شخصية يمنحه إياها العقد ولاسيما الحقوق المالية .

وهـناك حقوق أخرى يستمدها المتعاقد من العقد والقوانين المختلفة التي تحكم تنظيم وسير المرافق العامة من جراء استعمال الإدارة سلطاتها في تسيير المرفق العام، إذ أنّ من شأن استعمال الإدارة لتلك السلطات، أن يتحمل المتعاقد أعباء جديدة ليست من الأعباء التي يقتضيها تنفيذ العقد، ومـا ينتج عن ذلك من ضرر بسبب استعمال الإدارة لهذه السلطات، أو تنشأ له حقوق من جراء ظروف طارئة على تنفيذ العقد لم تكن بالحسبان ساعة إبرام العقد ويكون من شأنها إرهاق المتعاقد إرهاقاً اقتصادياً لا قِبَلَ له به وهو يقوم بتنفيذ العقد، الأمر الذي يوجب التدخل لإعادة توازن العقد اقتصاديا.

وانطلاقـا ممـا سبق سوف ندرس الحقوق الممنوحة للمتعاقد في مواجهة الإدارة وذلك من خلال المبحثين التاليين:

- المبحث الأول: الحقوق المالية.
- المبحث الثاني: الحق في التعويضات المحتملة (التوازن المالي).

المبحـــث الأول

الحقوق الماليـــــــة

إن المـــتعاقد مع الإدارة يهدف إلى تحقيق الربح قبل أي شيء آخر، فهو يسعى إلى تحقيق مـــنفعة شخصـــية ذات طـــابع مالي قد تكون هذه المنفعة مرتباً يتقاضاه دورياً في عقود الوظائف العامة، أو قد تكون ربحاً متحققاً من ثمن البضائع والأصناف التي يوردها للإدارة في عقد التوريد، أو رســوماً يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرافق العامة في عقود الامتياز، لذلك يكون المقابل المالـــي مـــن أهـــم الحقـــوق التي يجب أن يحصل عليها المتعاقد بموجب العقد المبرم بينه وبين الإدارة[١].

والقـــول أن هـــذا الحق يستمده المتعاقد بمقتضى العقد ويؤدي إلى اعتبار الشروط المتعلقة بالحصول على المقابل المالي من الشروط التعاقدية وعندئذ لا تستطيع الإدارة تعديل تلك الشروط إلا بموافقة المتعاقد معها، كما أن المتعاقد لا يستطيع أن يطالب بأكثر منها أو يرفعها بغير موافقة الإدارة[٢].

ويرجع فقهاء القانون العام جمود الشروط المتعلقة بالمقابل المالي لاعتبارين أساسيين[٣].

الأول: اعتبار عملي مرده ابتعاد الإفراد عن التعاقد مع الإدارة خشية تعديل تلك الشروط.

الثاني: اعتبار قانوني مرده أن سلطة الإدارة في التعديل يجب أن تنصب على نصوص العقد المتعلقة بسير المرفق العام .

وقـــد ورد حكـــم للمحكمـــة الإدارية العليا المصرية في هذا الصدد ((فقد تعاقدت محافظة القاهرة مع أحد الأفراد على توريد نخيل، ونص في العقد على أن يدفع للمورد ثمن نصف النخيل عقـــب زراعـــته مباشـــرة . قام المتعاقد بتوريد النخيل – طبقاً للمواصفات – وبزراعته، وطالب

---

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط٤، ص ٧٥٠.

(٢) إبراهيم الفياض، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤٥.

(٣) د. عـــبد الغنـــي بســـيوني عبد الله، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٦١، إبراهيم الفياض، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤٦.

المحافظـــة بأن تدفع له نصف الثمن المتفق عليه، ولكن المحافظة رفضت، بحجة أن نسبة النجاح في النخيل ضئيلة، وأن على المورّد أن يقوم ((بترقيع)) النخيل الذي لم ينجح(١).

ولكن كلاً من محكمة القضاء الإداري، والمحكمة الإدارية العليا رفضت مسلك الإدارة على أساس أن نصوص العقد صريحة في وجوب دفع نصف الثمن مقابل التوريد والزراعة . أما عدم نجاح النخيل، وضرورة ترقيعه، فتواجهه نصوص أخرى.

وأن الفقه يميز بين نوعين من المقابل النقدي، وذلك وفقاً لنوع الخدمة التي يلتزم المتعاقد بتقديمها. فإذا كان المتعاقد يؤدي الخدمة للإدارة مباشرة، فإنّ الإدارة هي التي تلتزم بأداء المقابل النقدي للمتعاقد.

أمّا إذا كان المتعاقد يؤدي الخدمة للجمهور مباشرة – كما هو الشأن في عقد الامتياز – فإنه يحصل على المقابل النقدي في صورة رسوم يتقاضاها من المنتفعين(٢).

وترجع العلة في تجاوز قاعدة الدفع بعد أداء الخدمة في مثل هذه العقود إلى الرغبة في عدم الإضرار بمصلحة المتعاقدين مع الإدارة، وليتمكنوا من تنفيذ التزاماتهم على نحو مستمر ومطرد، وحـــتى لا يحجم الأفراد عن التقدم للتعاقد مع الإدارة بشأن هذه العقود . ولهذا، فإنه يجوز بموافقة الجهـــة الإداريـــة المتعاقدة وعلى مسؤوليتها، صرف دفعات تحت الحساب تبعاً لتقدم العمل على النحو المذكور في اللائحة التنفيذية(٣).

ويعتـــبر حـــق المتعاقد في الحصول على المبلغ المالي من أهم الحقوق التي يتمتع بها هذا المتعاقد، ويكون ذلك من خلال العائد المالي الذي يحصل عليه مقابل تنفيذه لهذا العمل.
ويـــأخذ المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة صوراً متعددة تختلف باختلاف العقود الإداريـــة: فهـــو فـــي عقد امتياز المرافق العامة ما يتقاضاه حامل الامتياز من مبالغ من المستفيدين من خدمـــات المرفق العام محل الامتياز... وهو في عقد الأشغال العامة الثمن المتفق عليه في العقد... وفي عقد الوظائف العامة الراتب والمزايا المالية الأخرى المقررة للموظف المتعاقد مع الإدارة(٤).

---

(١) حكـــم المحكمـــة الإداريـــة العليا الصادر في ٢٧ إبريل ١٩٦٨، أشار إليه د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط٥، مرجع سبق ذكره ، ص ص ٥٨٣-٥٨٤.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، مرجع سبق ذكره، ص ص ٥٨١-٥٨٢.

(٣) المـــادة ٨٣ مـــن اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية، أشار إليه د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٦٢.

(٤) د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٣، ص ٣٦٥.

المبحث الثاني

الحق في التعويضات المحتملة (التوازن المالي)

تعد فكرة التوازن المالي للعقد الإداري من الخصائص الذاتية للنظرية العامة للعقود الإدارية، وجرى استخلاصها لأول مرة من مادة التزام المرفق العام في النزاع المعروف باسم قضية الشركة الفرنسية للترام، والذي أصدر فيه مجلس الدولة الفرنسي حكمه الشهير في ٣١ مارس عام ١٩٠٠ استناداً لفكرة التوازن المالي للعقد الإداري التي صاغها مفوض الدولة ليون بلوم في تقريره الذي جاء فيه: "إن من الأمور الجوهرية في عقود الالتزام ضرورة تحقيق التساوي بين المزايا التي تقررت للملتزم وبين الأعباء التي يلتزم بها"[١].

ولقد ظهر حلاً فقهياً حول مدلول فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية على النحو التالي:-

- **أولاً:** من الفقهاء من يجعل النظرية ذات صبغة عامه بمعنى أن الإدارة تلتزم بضمان التوازن المالي للعقد في كل حالة يختل فيها توازن العقد سواء أكان ذلك بفعل الإدارة أو أمر خارج عن إرادتها ويمثل هذا الاتجاه الفقيه (De Soto)[٢].

- **ثانياً:** رأي الدكتور ثروت بدوي، الذي يقوم على ضرورة التخلص من فكرة التوازن المالي للعقد الإداري كون أن هذه الفكرة هي خطرة وفي معظم جوانبها غير صحيحة . فالخطورة تستمد من الطابع العام للنظرية حيث يؤدي أي اختلال في التوازن المالي إلى تعويض للمتعاقد حتى ولو كان بغير عمل للإدارة. أمّا عدم صحتها فيمكن رده إلى أن التعويض الذي يحكم به المتعاقد نتيجة لإخلال الإدارة باقتصاديات العقد لا يتطابق في جميع الحالات مع التوازن المالي للعقد كما روعي عند التعاقد[٣].

- **ثالثاً:** إنّ فكرة التوازن المالي تنطوي على حقيقة لاشك فيها، ولا يمكن إنكارها، فمرونة التزامات المتعاقد تقتضي مرونة حقوقه في مواجهة الإدارة، حيث أنه من الطبيعي أن تتناسب حقوق المتعاقد مع التزاماته زيادة ونقصاً على الأقل إذا كانت هذه الزيادة، أو

---

(١) د. محمد السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٤١٩.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٥٦.

(٣) اشار إليه: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، مرجع سبق ذكره، ص ٦١٢.

النقص بفعل الإدارة . وبناء على هذا الأساس يمكن رد الأحكام الأساسية لفكرة التوازن المالي إلى القواعد الآتية[١]:

(أ) لا تعنـــي القـــاعدة التوازن الحسابي ولكن التوازن الشريف بين الالتزامات والحقوق .

(ب) تفسر فكرة التوازن المالي لعقد التعويض الذي يحكم به للمتعاقد إذا ما كان مـــرجع الضرر فعل الإدارة على الأقل كما هو الحال في نظرية (فعل الأمير)، أو إذا كـــان الاخـــتلال يعود إلى غير عمل الإدارة، فإنّ فكرة التوازن المالي للعقد وحدها لا تكفي لتبرير التعويض.

(ج) يرجع كثير من الفقهاء أساس فكرة التوازن المالي للعقد إلى النية المشتركة للطرفيـــن المتعاقديـــن، وهذا الأمر لا يمكن التسليم به إلا في حالة النص صراحة في العقـــد علـــى ضمان الإدارة للتوازن المالي للعقد .أمّا في غير حالة النص صراحة في العقـــد علـــى ضمان الإدارة لتوازنه المالي، أو الاقتصادي فإنّ المرجع سيكون العدالة وصالح المرفق العام[٢].

ومـــرونة العقد الإداري تمنح الإدارة سلطة كبيرة في تعديل العقد الإداري، فعلى الإدارة أن تمـــنح المـــتعاقد معها الفرصة لكي يستعيد حقوقه بحسب الأحوال زيادة أو نقصـــاناً، فالالـــتزامات التي تفرضها ضرورات التعديل على مضمون العقد ينبغي أن تقابلهـــا مـــن الجانب الآخر حقوق المتعاقد، وهذا ما يسمى بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري، فالعدالـــة تقضي أن يكون من طبيعة العقود الإدارية أنّها تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة، وبين المزايا التي ينتفع بها باعتبار أن نصـــوص العقـــد تؤلف في مجموعها حكماً كلياً يجب بمقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين[٣].

---

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٦١٤.

(٢) د. سلميان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٥٩.

(٣) د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٤، ص ص ٨١٣-٨١٤.

وقـد أخـتلف الفقهاء حول تحديد الشروط التي تقوم عليها فكرة التوازن المالي للمشروع، فالبعض يرى بأنها قاعدة عامة تطبق في جميع الأحوال سواء كان الاختلال بفعل الإدارة، أو بفعل خارج عن إرادتها (ظرف استثنائي)، ويرى آخرون أن فكرة التوازن المالي للعقد لا تطبق إلا إذا كان اختلال التوازن راجعاً لفعل الإدارة (نظرية فعل الأمير)[1].

وسوف نقوم بدراسة الموضوع من خلال المطالب التالية:-

المطلب الأول: نظرية فعل الأمير.

المطلب الثاني: نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعه.

المطلـب الـرابع: المقارنـة بين نظرية فعل الأمير وكل من نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعه.

المطلب الأول

نظرية فعل الأميـر

تعـد نظـرية (فعل الأمير) من أقدم النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي في مجال العقود الإدارية لتعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي أصابته من جراء إصدارها لبعض الإجراءات الإدارية وفقاً لشروط محددة.

وقـد سـار علـى نهجه مجلس الدولة المصري منذ انشاءة عام ١٩٤٦ بنظرية ((فعل الأمـير)) باعتـبارها مـن الأحكام الرئيسة التي تقوم عليها فكرة العقد الإداري، وطبقها على المنازعات التي ثارت بصدد تنفيذ العقود الإدارية[2].

(١) د. حسين درويش، النظرية العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٢٦.

(٢) لمزيد من التفاصيل: أنظر الدكتور، رمزي الشاعر – الوجيز في القضاء الإداري، ١٩٩١، ص ٢٠ وما بعدها.

ولكـــي نســـتطيع الـــتعرف علـــى نظرية (فعل الأمير) وأثرها على التوازن المالي للعقد الإداري، فإننا سنقسم هذا المطلب إلى:

الفرع الأول: أساس نظرية فعل الأمير .

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير .

الفرع الثالث: نطاق تطبيق نظرية فعل الأمير .

الفرع الرابع: آثار نظرية فعل الأمير .

الفرع الأول

أساس نظرية فعل الأمير

يذهب الدكتور سليمان الطماوي في تعريف نظرية ((فعل الأمير)) بأنها: " عمل يصدر من سلطة عامة، دون خطأ من جانبها، ينتج عنه زيادة الأعباء المالية على المتعاقد مع الإدارة ، ويــؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك، بما يعيد التوازن المالي للعقد"(١).

ويعــرف الأســتاذ الدكتور توفيق شحاته هذه النظرية بأنها: " كل إجراء تتخذه السلطات العامـــة من شأنه أن يزيد من الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة (المخاطر الإدارية)(٢).

أمــا محكمـــة القضاء الإداري المصرية فقد عرفتها في حكمها الصادر عام ١٩٥٧ بقولها: (أن المقصـــود بعـــبارة فعل الأمير هو:- (كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة وفي الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة " المخاطر الإداريـــة"، وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطات العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص، أو تكون بقواعد خاصة أو تكون بقواعد تنظيمية عامة)(٣).

---

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٦٧.

(٢) د. عبد العظيم عبد السلام، نظرية فعل الأمير وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١٩.

(٣) حكـــم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ٣٠ يونيه ١٩٥٧، أشار إليه د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، مرجع سبق ذكره، ص ٦٢٤.

وعلـــى الرغم من تناول الفقه والقضاء في فرنسا ومصر لنظرية (فعل الأمير) بالدراسة والتحلـــيل إلا أنّه ما زال الغموض يعتري بعض شروط تطبيقها، كما أنّها ما زالت حتى الآن غـــير واضحة الحدود، ويقع الخلط أحياناً بينها وبين نظرية (الظروف الطارئة) وذلك لمرونتها وتطوير القضاء المستمر لها.

وقـــد يـــتخذ (فعل الأمير) أو ما يسمى (بالمخاطر الإدارية) شكل قرار فردي خاص كالقرار الذي يصدر عن السلطة الإدارية التي أبرَمت العقد بتعديل شروط التعاقد، أو تعديل نظام المـــرفق العام، أو نظام الأسعار، كما قد يكوّن بمثابة قواعد تنظيمية عامة كما في حالة صدور قـــانون يقضـــي برفع الرسوم، أو أجور العاملين أو تنظيم شؤون العمال بالزيادة في الإجازات وساعات العمل، وبصورة عامة فإن عمل الأمير هو المخاطر الناتجة عن السلطة العامة[١].

وفعل الأمير هو:- كل إجراء قانوني تمليه السلطات العامة ويؤدي بالنتيجة إلى جعل تنفيذ العقد الإداري أكـــثر كلفة، أو صعوبة بالنسبة للمتعاقد، وللمتعاقد في هذه الحالة،الحق في التعويض الكلي عن الأضرار التي حصلت له، هذا بعكس نظرية (الظروف الطارئة) التي تطبق عندما يحصل حدث، أو ظـــرف خارجـــي خارج عن إرادة الأطراف ويؤدي إلى قلب التوازن المالي للعقد، أمّا نظرية (فعل الأمير) فتطبق عندما يتم تعديل العقد من جراء عمل إرادي للإدارة المتعاقدة.

وقـــد حرص الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا ومصر على إيجاد أساس قانوني لنظرية (فعل الأمير) يبرر التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار الذي تصيبه من جراء فعل الأمير وهذه الأسس هي:-

أولا : فكرة الإثراء بلا سبب .

ثانياً : المسؤولية التعاقدية للإدارة .

ثالثاً : مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة .

رابعاً: التوازن المالي للعقد .

وسنتناول هذه النقاط بإيجاز:

---

(١) د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، الإسكندرية، دار المعارف، ١٩٧٨، ص ٧٥٢، وما بعدها.

أولاً: فكرة الإثراء بلا سبب

مضـــمون هــذا الرأي هو: كون أنّ الإدارة لا ترتكب خطأ حين تتخذ إجراءات تستهدف الصـــالح العام، فقد ذهب بعض الفقهاء وعلى رأسهم العميد هوريو والدكتور فؤاد العطار[١] إلى أن التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار التي أصابته من جراء إصدار السلطة الإدارية المتعاقدة لبعض الإجراءات الإدارية وفقاً لنظرية (فعل الأمير) يستند على فكرة الإثراء بلا سبب والتي تعد من المبادئ المستقرة في القانون الخاص. ويستندون في ذلك إلى أن الســـلطة الإداريـــة قـــد تســـبب بإجـــراءاتها الإدارية ودون أن ترتكب خطأ في إصدارها لهذه الإجراءات في إنقاص المزايا المالية التي كانت قد اتفقت عليها مع المتعاقد معها لصالحه، وبذلك فإنّها تكون قد أثرت دون أن يستند هذا الإثراء إلى سبب معين في العقد[٢].

أما أهم الانتقادات التي وجهت إلى هذا الرأي فتتبلور بالآتي:

١- تحـــدد فكـــرة الإثـــراء بلا سبب التعويض للمتعاقد المضرور بقدر الإثراء الذي حققته السلطة الإدارية من جراء الإجراءات الإدارية التي أصدرتها والتي ترتب عليها إحداث أضرار بالمتعاقد معها، في حين أنّ التعويض الذي يقضي به القضاء للمتعاقد المضرور وفقاً لنظرية (فعل الأمير) يعادل قيمة الأضرار التي أصابته، أو ما فاته من كسب وليس بقدر ما حققته السلطة الإدارية من إثراء.

٢- تؤدي فكرة الإثراء بلا سبب إلى استبعاد التعويض في حالة صدور الإجراءات الإدارية التـــي ترتـــب عليها إضراراً بالمتعاقد مع الإدارة من سلطة إدارية أخرى، غير السلطة المـــتعاقدة اســـتنادا لمقتضـــى فكرة الإثراء بلا سبب بأن يكون سبب الضرر الذي لحق بالمتعاقد مع الإدارة صادراً عن الإدارة المتعاقدة بذاتها .

٣- اســـتبعاد التعويض وفقاً لهذه الفكرة في حالة عدم تحقيق الإجراءات التي تصدرها الإدارة إثـــراءً لها. ويظهر ذلك بوضوح فيّ حالة صدور إجراء عام ذي طابع اجتماعي مثل:- إجراء رفع الأجور، وتخفيض ساعات العمل .

(١) د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٨١٦.

(٢) د. عبد العظيم عبد السلام، نظرية فعل الأمير وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٧٨.

ثانياً: المسؤولية التعاقدية للإدارة

يقـيم بعـض الفقهاء نظرية (فعل الأمير) على فكرة المسؤولية التعاقدية للإدارة، والتي يحددها العقد الإداري نفسه . ويستندون في ذلك إلى أنّ المتعاقد مع الإدارة لم يقبل تحمل بعض الالتزامات ؛ إلاّ مقابل عوض معين، كما أنّ محل العقد الإداري ليس ثابتاً مثل العقود المدنية بل يخضع للتطور المستمر لمسايرة المقتضيات المستجدة[١].

وبـناء علـى ذلك فإنّ تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة بزيادة أعبائه أو بإنقاص مدى الخدمـات التـي كان يعتمد عليها يستبعد تعديل العوض الذي يحصل عليه وإلا كان محل العقد مفتقراً إلى سبب وصار الالتزام باطلاً.

ويجمـع الدكتور محمود حلمي بين فكرتي (المسؤولية التعاقدية) و(التوازن المالي للعقد) كأساس للتعويض عن فعل الأمير[٢].

أمـا الدكـتور سـليمان الطماوي فيقول في هذا الصدد: (... يجب أن نلاحظ أن فكرة المسؤولية التعاقدية بلا خطأ هي فكرة غير منسجمة مع المبادئ المسلّم بها في القانون الخاص، لأن المسؤولية التعاقدية في القانون المدني تفترض إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته المتولدة عن العقد، في حين أن فعل الأمير لا يتضمن من جانب الإدارة أي إخلال بالتزاماته التعاقدية)[٣].

فهـذا الأسـاس قاصر على تبرير التعويض في حالة إذا ما كان الإجراء المعدل للمركز المالي للعقد صادراً من جهة غير الجهة الإدارية.

ثالثاً: مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة

يعـد مـبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة من المبادئ الدستورية التي أوجدها مجلس الدولـة الفرنسـي، وسار على نهجه مجلس الدولة المصري والذي يقضي بمساهمة الأفراد في تحمل التكاليف العامة كل بقدر يتناسب مع مركزه، وقدراته، وإمكانياته الخاصة.[٤]

---

(١) د. عبد العظيم عبد السلام، نظرية فعل الأمير وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٧٩.

(٢) د. محمود حلمي، العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ص ١٢٠-١٢١.

(٣) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٤، مرجع سبق ذكره، ص ٥٩٦.

(٤) د. عبد العظيم عبد السلام، نظرية فعل الأمير وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٨٦.

فمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة يصلح أساساً للتعويض سواءً صدر إجراء التعديل من الجهة الإدارية المتعاقدة، أو من غيرها من الجهات، والهيئات الإدارية الأخرى، وسواء كان التعديل يمس العقد بطريقة مباشرة، أو غير مباشرة.

إما بالنسبة لتعديل العقد إذا كان الإجراء عاماً يمس المتعاقد وغيره من الأفراد، فينبغي في هذه الحالة تحديده بقيدين[١]:

الأول:- أن يكون الضرر الذي يلحق بالمتعاقد مع الإدارة ضرراً خاصاً.

حيث يجب أن يسبب الإجراء المتخذ من قبل الإدارة ضرراً محققاً للمتعاقد الذي يطلب التعويض . هذا الشرط ضروري جداً لتحمل أية مسؤولية، إذا كان الأمر يتعلق بالمسؤولية من أجل خطأ أم لا، تعاقدي أو غير تعاقدي، يتوجب على المتعاقد في هذا الخصوص أن يقدم الدليل على حصول ضرر نتيجة الإجراء المتخذ من قبل الإدارة وفي حال عدم تقديم الدليل لا يكون له الحق بالتعويض[٢].

الثاني:- أن يترتب على هذا الضرر اختلال التوازن المالي للعقد الإداري .

فالقضاء الإداري في مصر وفرنسا لا يأخذ بفكرة (المساواة أمام الأعباء العامة) كأساس للالتزام بالتعويض كون القضاء الإداري في كلتا الدولتين يرفض تطبيق نظرية فعل الأمير إذا كان الإجراء الضار صادراً من غير الإدارة المتعاقدة.

رابعاً: التوازن المالي للعقد الإداري

يرى جمهور الفقهاء في فرنسا ويؤيدهم قضاء مجلس الدولة في فرنسا ومصر قيام التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد والمتضرر وفقاً لنظرية فعل الأمير على فكرة التوازن المالي للعقد الإداري وذلك استناداً إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين بما يشير إلى أن إعادة التوازن المالي للعقد هي أثر لتطبيق شرط تعاقدي ضمني للنية المفترضة للمتعاقدين أثناء

---

(١) د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٨١٩.

(٢) قرار مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٨٣/٣/١٨، قضية شركة إنشاء مواقف السيارات على الطرقات العامة، مجلة القانون الإداري لعام ١٩٨٤، ص ١٤٢٣.

التعاقد، وتأسيس صور التعويض عن فعل الأمير على فكرة التوازن المالي للعقد في نطاق المفهوم المحدد بالنية المفترضة للمتعاقدين أثناء التعاقد(١).

وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت لفكرة التوازن المالي للعقد إلا أنها تعد الأساس القانوني الذي يؤيده جمهور الفقهاء والقضاء الإداري في فرنسا ومصر للتعويض عن فعل الأمير وذلك بالنظر إلى مصلحة المرفق العام، وضمان سيره بانتظام واطراد، فالمتعاقد مع الإدارة هو عون لها، ومن هنا لا بد من تدخل الإدارة لتعويضه بإعادة التوازن المالي للعقد وبشرط ألا ينظر إلى التوازن المالي باعتباره يستهدف الإبقاء على طبيعة العقد كما روعي عند التعاقد، والمحافظة على خواصه الأصلية، أو إرجاعها إلى نية الطرفين وقت التعاقد (٢).

الفرع الثاني

شروط تطبيق نظرية فعل الأمير ونطاقها

يشترط الفقه والقضاء الإداري لتطبيق نظرية (فعل الأمير) ولغاية إعادة التوازن المالي للعقد الإداري بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمتعاقد توفر عدد من الشروط هي:-

الشرط الأول:وجود عقد إداري

الشرط الثاني:أن يكون الإجراء الضار صادراً من الإدارة المتعاقدة أو من غيرها من السلطات.

الشرط الثالث: أن يكون الإجراء الضار غير متوقع.

الشرط الرابع: ألا يكون المتعاقد قد تنازل عن حقه في التعويض.

الشرط الخامس: عدم وقوع خطأ من الإدارة.

الشرط السادس: أن يسبب الإجراء ضرراً فعلياً للمتعاقد مع الإدارة.

---

(١) لمزيد من التفاصيل أنظر الدكتور عبد العظيم عبد السلام، نظرية فعل الأمير وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٩٠-٩٥، والدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٩٧.

(٢) د. عبد العظيم عبد السلام، نظرية فعل الأمير وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٩٦.

أولاً: وجود عقد إداري:-

يشترط لتطبيق نظرية (فعل الأمير) أن نكون بصدد عقد إداري بالمعنى المتفق عليه فقهاً وقضاءً . حيث لا تطبق هذه النظرية إلا بصدد المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية[1]. وبالتالي نستبعد من مجال تطبيقها العقود المدنية التي تبرمها الإدارة والإجراءات الإدارية التي تصدرها بعض السلطات الإدارية والتي قد تؤثر على ميزانية الأفراد دون قيام رابطة عقدية، وهذا يعني أنّ الإدارة تقـوم دائمـاً بتعديل العقد الإداري وبدون موافقة الطرف الآخر وذلك من أجل تلبية المـرفق العـام للحاجات العامة المستجدة، وهذا التعديل يكون له قوة النفاذ تجاه المتعاقد، بينما وكمـا نعـرف أن المتعاقديـن بموجب قواعد القانون المدني يبقون ملزمون بتنفيذ العقد حسب الشـروط المدرجة بالعقد وليس لأي من المتعاقدين الحق في تعديل العقد إلا بموجب اتفاق جديد للأطراف المتعاقدة . هذا يؤكد بأنّه لاوجود لنظرية (فعل الأمير) في مجال العقود المدنية.

وفـي حكـم لمحكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ٣ مارس ١٩٥٧ مثلا تقول: ((مـتى كـان الأمـر بين الشركة وبين الحكومة خارجا عن نطاق الرابطة العقدية، فإن طلب التعويض عن الأضرار التي تترتب على التشريع الجديد استناداً إلى نظرية " فعل الأمير " يكون علـى غير أساس سليم من القانون، اذ من المقرر أن المسؤولية التي ترتب التعويض في نطاق نظـرية " أعمـال الأمير " لا تقوم إلا في حالة ما اذا كان المضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد،بأن زاد في الأعباء التي يتحملها في تنفيذ الـتزامه بمقتضى العقد، وأن تؤدي هذه الزيادة في الأعباء المالية إلى الأخلال بالتوازن المالي للعقد))[2].

الشـرط الثانـي:أن يكون الإجراء الضارّ صادراً من الإدارة المتعاقدة أو من غيرها من السلطات .

حتى يتم تطبيق نظرية (فعل الأمير) يجب أن يصدر الإجراء الضار من الجهة المتعاقدة وذلـك لتحديد الحد الفاصل ما بين نظرية (فعل الأمير) ونظرية (الظروف الطارئة) . سواء صدر من الإدارة أثناء تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، أو في مجال تنظيم المرافق العامة

---

(١) د. عبد العظيم عبد السلام، نظرية فعل الأمير وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٤٤.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٤، مرجع سبق ذكره، ص ص ٦٢٦-٦٢٧.

والتي تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري سواءً أكان صادراً في صورة إجراء عام أو خاص، أو اتخذ هذا الإجراء صورة تصرف سلبي أو إيجابي .

ونشير إلى قرار هام بخصوص هذه النظرية صادر عن محكمة التمييز الأردنية بقولها " يشترط لتطبيق نظرية (فعل الأمير) على العقود الإدارية أن يصدر عن السلطة العامة المتعاقدة تصـــرف أو فعل من شأنه أن يجعل تنفيذ العقد من المتعاقد أكثر صعوبة ويحمله أعباء وتكاليف تزيد عن الأعباء التي التزم بها في مواجهتها، وأن ينشأ عن الفعل ضرر خاص بالمتعاقد، وأن لا يكـــون هـــذا الفعل متوقعاً، وعليه لما كانت زيادة الرسوم الجمركية ليس من شأنها أن تلحق ضـــرراً خاصـــاً بالمدعـــية لوحدها بل أنه إجراء عام شامل لجميع السكان ولا ينحصر مفعوله بطائفـــة معيـــنة أو أفراد معينين، إضافة إلى أن تعديل الرسوم الجمركية من قبل السلطة العامة بالزيادة أو النقصان هو أمر متوقع في كل حين لمجاراة التغيرات الاقتصادية السريعة فلا مجال لتطبـــيق النظرية على موضوع الدعوى لتخلف هذين الشرطين"[١] فالخلاف هنا يرتكز فيما إذا كـــان هـــذا الإجـــراء صدر من الإدارة غير المتعاقدة، حيث نجد أن القضاء الإداري في فرنسا ومصـــر يؤكد أن الإجراءات الإدارية التي ترتب عليها الإخلال بالتوازن المالي للعقد إذا كانت صـــادرة مـــن جهـــة إدارية غير متعاقدة، أو نتيجة لوقائع اقتصادية خارجة عن أطراف التعاقد ينطـــبق عليها نظرية (الظروف الطارئة) إذا توافرت فيها شروط تطبيقها وليس نظرية (فعل الأمير)[٢].

ونحن نرى أنه لا يشترط أن يكون الإجراء صادراً من نفس الإدارة المتعاقدة التي أبرمت التعاقد وذلك للأسباب التالية:-

١. أن القضـــاء الإداري فـــي فرنسا استقر على أن الإجراءات التشريعية تدخل في نطاق نظرية (فعـــل الأمـــير) ويجـــوز التعويض عنها حيث أن البرلمان يعتبر جهة مستقلة عن جهة الإدارة المتعاقدة[٣].

(١) قرار محكمة التمييز رقم ٩٤/٣٤ حقوق، مجلة المحامين، العدد ٤-٥ لسنة ١٩٩٦، ص ٩٧٦.

(٢) د. عبد العظيم عبد السلام، نظرية فعل الأمير وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ص ٤٧-٥٠.

(٣) اســـتقر قضـــاء مجلس الدولة الفرنسي على إقرار قاعدة مسؤولية الدولة عن القوانين على أساس المخاطر ولـــيس علـــى أســـاس الخطأ على عكس القضاء المصري الذي استقر على قاعدة عدم جواز التعويض على القوانين إلا إذا أجاز ذلك المشرع صراحة.

٢. أنـــه لا يمكن تطبيق شروط نظرية (الظروف الطارئة) على الإجراء الذي يصدر من الجهة الإداريـــة غـــير المتعاقدة، حيث أنّ من شروط نظرية (الظروف الطارئة) أن يكون الحادث استثنائياً فهل تعتبر أفعال الإدارة غير المتعاقدة حوادث استثنائية .

٣. كون أن (فعل الأمير):- هو إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمـــتعاقد مـــع الإدارة، وهذه الإجراءات التي تصدر عن السلطة العامة قد تكون الجهة الإدارية التي أبرمت العقد أو تتخذ قرار فردي أو قواعد تنظيمية عامة .

الشرط الثالث: أن يكون الإجراء الضار غير متوقع:-

ويترتـــب على هذا الشرط أنه إذا توقع المتعاقد مع الإدارة هذا الإجراء وقت إبرام العقد فلا يجوز له المطالبة بالتعويض وفقاً لنظرية (فعل الأمير) .

وقد أبرزت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا الشرط بوضوح في حكمها الصادر في ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ قضائية) حيث تقول: ((ومن شروط تطبيق نظـــرية (فعل الأمير) أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فـــإذا مـــا توقعـــته نصوص العقد، فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى نظرية فعل الأمير))(١).

ومـــن الأمور المستقر عليها فقهاً وقضاءً بأن الإدارة تملك تعديل العقد الإداري بإرادتها المـــنفردة وحتى لو لم ينص القانون، أو العقد على ذلك، دون توقف رضاء المتعاقد الآخر على ذلك .ومن الطبيعي أنّ المتعاقد يعلم بهذا الحق . إلا أنه لا يترتب على استخدام الإدارة له توفر شـــرط عـــدم التوقع وإنما يتوفر هذا الشرط بالنسبة لحدود التعديل ومداه باعتباره النطاق الذي ينصـــب علـــيه محل عدم التوقع(٢). وأيضاً يعني هذا الشرط أن التعديلات في العقد المفروضة على المتعاقد لا يمكن أن تكون متوقعة وقت إبرام العقد الإداري .

---

(١) حكـــم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ٣٠ يونيه ١٩٥٧، أشار إليه: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، مرجع سبق ذكره، ص ٦٢٤.

(٢) د. عبد العظيم عبد السلام، نظرية فعل الأمير وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٦٢.

الشرط الرابع: ألا يكون المتعاقد قد تنازل عن حقه في المطالبة بالتعويض:-

مقتضـــى هـــذا الشـــرط ألا يكـــون المـــتعاقد مع الإدارة قد تنازل صراحة عن المطالبة بالتعويض مهما حدث من ظروف بعد التعاقد يكون من شأنها الإخلال بالتوازن المالي للعقد(١).

ويجمع الفقه الإداري على عدم مشروعية مثل هذا الشرط . وهذا ما أعلنته محكمة القضاء الإداري المصـــرية فـــي حكمها الصادر في ٣٠ يونيو ١٩٥٧ حيث تقول ((من المقرر أن جهة الإدارة لا تملـــك أن تضـــع فيها نصاً عاماً بعدم مسئوليتها يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقاً للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية ومنها حقه في الـــتوازن المالي للعقد)). وتطبيقاً لهذه القاعدة، لا يمكن للإدارة أن تُضمن عقودها شرطاً عاماً يقضي بإعفائها من جميع الأضرار المترتبة على أعمال الأمير(٢).

وأننـــي أرى أن هذا الشرط لا يقيد المتعاقد مع الإدارة ؛ لأن التنازل لا يمنع من المطالبة بالتعويض، وخاصة إذا لحق المتعاقد ضرر يجاوز ما يكون قد قدره مقدماً.

الشرط الخامس: عدم وقوع خطأ من الإدارة.

يشترط لتطبيق نظرية (فعل الأمير) بالإضافة إلى الشروط السابقة عدم وقوع خطأ من قبل الإدارة أثناء إصدارها الإجراءات الإدارية التي يترتب عليها إحداث أضرار بالمتعاقد معها. حيـــث أن مسؤولية الإدارة في نطاق نظرية (فعل الأمير) وإن كانت مسؤولية عقدية إلا أنها مسؤولية عقدية بلا خطأ(٣).

ولقـــد أشـــارت المحكمة الإدارية العليا لهذا الشرط في حكمها الصادر في ٢٠ مايو عام ١٩٦١ بقولهـــا: (من شروط نظرية (فعل الأمير)....افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ

---

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٦٥٩.

(٢) حكـم محكمـــة القضـــاءالإداري المصـــرية الصادر في ٣٠ يونيه ١٩٥٧، مشار إليه في كتاب: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، ص ص ٦٥٨-٦٥٩.

(٣) مشار إليه في كتاب د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، مرجع سبق ذكره، ص ٦٢٨.

حيـن اتخذت عملها الضار فمسئوليتها بلا خطأ). وأرى أن هذا الشرط بديهي حيث أن (فعل الأمير) هو:- كل إجراء مشروع يصدر من جهة الإدارة المتعاقدة، أو من أية سلطة أخرى.

وطالمـا أن الإدارة تستطيع أن تعدل العقد الإداري ضمن حدود متطلبات المصلحة العامة بطـريقة مشـروعة يتوجـب عليها أن تتحمل المسؤولية وذلك بتحويل تعويض كامل للمتعاقد المتضرر هذا يعني ضرورة تطبيق نظرية (فعل الأمير) دون الضرورة لوجود خطأ، لكن إذا مـا قامـت الإدارة بـتعديل العقد متجاهلة الحدود المرسومة لها تؤسس مسئوليتها على الخطأ المُرتكب، وفي هذه الحالة يحق للمتعاقد طلب فسخ العقد .

الشرط السادس: أن يسبب الإجراء ضرراً فعلياً للمتعاقد مع الإدارة:

يجـب أن يكون الإجراء الذي أصدرته السلطة الإدارية المتعاقدة (فعل الأمير) قد سَبّبَ ضـرراً فعلـياً للمـتعاقد معها . ولا يشترط جسامة معينة لهذا الضرر سواء أكان هذا الضرر جسيماً أو يسيراً أو فعلياً أو كان هذا الضرر نقص في الأرباح أدى إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري، ويشترط في هذا الضرر شروط معينة حتى يتم التعويض عنه وهي:-

١ أن يكـون الضـرر خاصاً:- حيث أن القضاء الإداري في فرنسا ومصر أقر بفكرة الضرر الخـاص في أحكام عديدة له نذكر منها على سبيل المثال:- حكم مجلس الدولة الفرنسي في عـام ١٩٤١ في قضية (AMAT) والذي رفض فيه الحكم بالتعويض للمدعي لعدم تقديمه ما يثبت أن الزيادة في الرسوم ترتب عليها إصابته في ضرر خاص. ونذكر من أحكام القضاء المصـري حكـم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٠ مايو ١٩٦١ والذي جاء فيه (من شروط فعل الأمير أن يلحق المتعاقد ضرر خاص)(١).

ويـتحقق الضرر الخاص إذا أصاب المتعاقد وحده دون مجموع الشعب . ولقد تعرضت فكـرة الضـرر الخـاص للعديد من الانتقادات كونها لا تضيف جديداً للشروط اللازمة لتطبيق نظرية (فعل الأمير) وذلك نظراً لأنها فكرة واسعة وغير محدده بدرجة كافية(٢).

---

(١) د. عبد العظيم عبد السلام، نظرية فعل الأمير وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٧٢.

(٢) لمـزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع أنظر د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٩١.

٢ أن يكـون الضرر محدداً ومباشراً:- وتطبيقاً لهذا الشرط قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ ١٣ يناير ١٩٦٣ بأنه: (مما لا شك فيه أن نظرية (فعل الأمير) ليس مقصـوداً مـنها ؛ إلا معالجة الحالات التي يصل فيها الضرر بالمتعاقد إلى حرمانه من القـدر المعقـول مـن الربح الذي كان متوقعاً وقت التعاقد، أمّا إذا اقتصر الضرر على حـرمانه مـن أرباحـه الـزائدة عن هذا الضرر فإنهُ لا يكون له أي حق قِبَلْ السلطة العامة)(١).

ويطالـب بعـض فقهاء القانون الإداري بضرورة توفر علاقة سببية بين الإجراء الضار الـذي أصاب المتعاقد مع الإدارة من جرائه ضرراً معيناً والضرر الذي اصابه ، كما يجب أن يحدد المتعاقد نفقات الضرر وتكاليفه، وأن يقيم الدليل على وجود هذا الضرر(٢).

أمـا بالنسـبة لـنطاق تطبيق هذه النظرية فإن الإجراءات الإدارية التي تصدرها السلطة الإدارية المتعاقدة والتي تسمى (فعل الأمير) تأخذ صورتين هما:

أولا:- فعل الأمير في صورة إجراءات عامة.

ثانيا:- فعل الأمير في صورة إجراءات خاصة.

أولاً:- فعل الأمير في صورة إجراءات عامة

ويقصد بذلك أن يأتي فعل الأمير بصورة قانون أو لائحة، ويترتب عليها تعديل مباشر في شـروط العقـد؛ بحيـث يـؤدي إلى جعل تنفيذ العقد أشد عسرا وأكثر نفقات .وقد يكون لهذه الإجـراءات تأثيراً مباشراً على العقد أي أنهُ لا يمس ذات العقد، أو نصوصه ولكنه ينصب على الظروف والأحوال العامة للدولة سواء أكانت ظروف اجتماعية أو اقتصادية أو صناعية. ولقد ذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى إنكار تطبيق نظرية (فعل الأمير) في هذه الحالة ما دام المتعاقد غير مقصود بذاته بهذه الإجراءات العامة وأنها تنصب على جميع المواطنين(٣). وردد هذا الرأي مفوض مجلس الدولة الأستاذ لانورنيري في حكم مجلس الدولة الصادر في ٩ مارس عام

---

(١) د. عبد العظيم عبد السلام، نظرية فعل الأمير وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٧٤.

(٢) مـن هـؤلاء الفقهـاء بيكينوا، أنظر الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٧١، وما بعدها.

(٣) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٨٠.

١٩٢٨: حيث رأى عدم جواز تطبيق نظرية (فعل الأمير) إذا كان الإجراء يشمل كل أقاليم الدولة أو طائفة من المجتمع . وعلى خلاف ذلك تطبق النظرية إذا لم ينصب الإجراء إلا على المتعاقد مع الدولة، أو عندما يكون الإجراء خاصاً به[١].

أمّا اتجاه مجلس الدولة الفرنسي الحديث فيعتبر الإجراءات العامة التي تصدرها الجهات الإدارية غير المتعاقدة في صورة تشريعات اجتماعية أو ضرائب والتي يترتب عليها المساس بعناصر العقد وتوازنه المالي من الإجراءات العامة التي يجوز التعويض عنها وفقاً لنظرية (فعل الأمير)، واعتبرها إجراءات اقتصادية، وأجاز التعويض عنها وفقاً لنظرية الظروف الطارئة[٢].

ثانياً:- فعل الأمير في صورة إجراءات خاصة

يقصد بفعل الأمير في صورة إجراءات خاصة:- كافة الإجراءات الفردية الخاصة التي تصدرها السلطة الإدارية المتعاقدة وهي تمارس سلطتها في تعديل العقد وتؤدي إلى المساس بصورة مباشرة في زيادة أعباء المتعاقد والتأثير على ظروفه،وجعله أكثر مشقة .
وتأخذ الإجراءات الخاصة شكلين رئيسيين[٣].

أولا:- الإجراءات الخاصة المتعلقة بذات العقد ونصوصه: مثل إجراءات تعديل الرسوم المقتضى تحصيلها من الأفراد عند تقديم خدمات المرفق العام لهم .

ثانياً:- الإجراءات الخاصة المتعلقة بظروف تنفيذ العقد: مثل الإجراءات التي تصدرها الإدارة المتعاقدة في مجال سلطتها في رقابة المتعاقد معها عند تنفيذ العقد الإداري وتوجيهه إلى تنفيذ شروط العقد والتي لا تؤدي إلى تغيير شروط العقد بل إلى تحميل المتعاقد أعباء جديدة[٤].

ومن هذه الإجراءات أيضاً:- الإجراءات التي تصدرها سلطة الضبط الإداري للمحافظة على النظام العام، وتؤدي إلى التأثير على الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، وتحميل المتعاقد أعباء جديدة[٥].

---

(١) د. عبد العظيم عبد السلام، نظرية فعل الأمير وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٣٥.
(٢) د. عبد العظيم عبد السلام، نظرية فعل الأمير وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٤١.
(٣) أنظر بالتفصيل: د. عبد العظيم عبد السلام، نظرية فعل الأمير وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢٧، والدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٧٥.
(٤) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، مرجع سبق ذكره، ص ٦٢٣.
(٥) د. عبد العظيم عبد السلام، نظرية فعل الأمير وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٣١.

ولا خلاف بين الفقهاء وأحكام القضاء على ضرورة تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كـاملاً عن هذه الإجراءات الخاصة وفقاً لنظرية (فعل الأمير) لصدورها من الإدارة المتعاقدة كسلطة عامة وتأثيرها على التوازن المالي للعقد[١].

أمـا الإجـراءات الخاصة التي تصدر من السلطة المتعاقدة كأي متعاقد عادي فلا يجوز الـتعويض عـنها وفقاً لنظرية (فعل الأمير)[2]. ومن هذه الإجراءات على سبيل المثال:- تدخل الإدارة في السوق لشراء كميات كبيرة من سلعة معينة تكون داخله في موضوع التعاقد.

وبعد أن بيّنا شروط تطبيق نظرية فعل الأمير ونطاقها، سوف نتناول في الفرع التالي آثار تطبيق هذه النظرية.

الفرع الثالث

آثار تطبيق نظرية فعل الأمير

صحيح أنه يتوجب على الإدارة أن تعوض المتعاقد عن كافة الأضرار التي أحلت به من جـراء فعل الإدارة، لكن هذا لا يعني مطلقاً بأنّ التعويض هو النتيجة الوحيدة لفعل الأمير، فقد يـؤدي فعل الأمير بتوفر عدة شروط إلى فسخ العقد،أو إعفاء المتعاقد كلياً أو جزئياً من عقوبة التأخير، وسوف نناقش هذه الآثار على النحو التالي:-

أولاً:- تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً.

ثانياً:- فسخ العقد .

ثالثاً:- الإعفاء من غرامات التأخير.

أولاً:- تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً

يترتب على تطبيق نظرية (فعل الأمير) تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً عن كافـة الأضرار التي أصابته من جراء فعل الأمير. ويعتبر هذا الأثر من أهم الآثار التي تترتب على نظرية (فعل الأمير).ويختلف تحديد التعويض فيما إذا تم تحديد التعويض في العقد، أو تم تحديده بواسطة المشرع، أو في حالة عدم تحديد التعويض نهائياً .

---

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٧٥.

(2) د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، نظرية فعل الأمير وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢.

ففــي حالــة الفرضــية الأولى يجوز أن يتم الاتفاق على تحديد التعويض بين الإدارة المتعاقدة والمــتعاقد معهــا سلفاً أثناء توقيع العقد. ولا يجوز الاتفاق على إعفاء الإدارة مطلقاً من مسئوليتها عن الأضرار التي تترتب على فعل الأمير. ومن ثم إذا ورد نص عام يعفى الإدارة من مسئوليتها فإنّ مثل هــذا النص يكون غير مشروع ويستبعد من التطبيق .وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصري بقولها: (من المقرر في العقود الإدارية أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع فيها نصاً عاماً بعدم مسئوليتها يعفــيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القــانون الإداري مــن ثــبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقاً للنظريات السائدة في نظام نظريات العقود الإدارية ومنها حقه في التوازن المالي للعقد الإداري)(١).

لكــن يجــوز الاتفاق بين الإدارة المتعاقدة والمتعاقد على استبعاد التعويض عن جزء من الأضرار التي قد تترتب على إجراء معين تتخذه الإدارة في مواجهة المتعاقد معها.(٢)

أما إذا جاء التعويض محدداً من قبل المشرع فيجب الالتزام به كما هو الحال في قانون ٥ ســبتمبر عام ١٩٤٠ الفرنسي الخاص بفسخ العقود المبرمة لتوفير حاجات مرفق الدفاع الوطني والذي حدد كيفية تعويض المتعاقدين الذين اختيروا من جراء فسخ عقودهم بقوة القانون .

أمــا في حالة عدم تحديد تعويض في العقد ولم يعالج المشرع هذا التعويض فأنه في هذه الحالــة لابد من اللجوء إلى القضاء الإداري لتحديد التعويض الكامل عن الأضرار التي أصابته والربح الذي ضاع منه.

وقد حدد القضاء الإداري المصري شروطاً للتعويض حيث جاء في قرار لمحكمة القضاء الإداري عام ١٩٥٧(٣):- يشمل التعويض عن فعل الأمير عنصرين هما:

---

(١) حكمهــا الصــادر في ٣ يونيه سنة ١٩٥٧، أشار إليه د. سليمان الطماوي في الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ص ٦٥٨-٦٥٩، وراجع أيضاً حكمها الصادر في ١٤ إبريل سنة ١٩٦٠، السنة ١٤، ص ٣٦ حيث تؤكــد المحكمــة عــدم شرعية الشرط الذي تضمنه الإدارة عقودها والخاص بحرمان المتعاقد من حق التمسك بالقوة القاهرة الطارئة، لأن ذلك يتنافى مع طبيعة العقود الإدارية.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، مرجع سبق ذكره، ص ٦٥٩.

(٣) قــرار محكمــة القضاء الإداري المصرية الصادر في ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧، أشار إليه د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، مرجع سبق ذكره، ص ٦٥٧.

١. مـــا لحق المتعاقد مع الإدارة من خسارة، ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال، وطبيعة التعديل، ونتائجه، كما أنـــه مـــن الجائز أن يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة، وفي هذه الحالة يجـــب تقديـــر هذه الخسائر ما دامت العلاقة السببية قائمة بينها وبين الإجراء الذي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد معها اتخاذه.

٢. مـــا فات المتعاقد مع الإدارة من كسب اعتباراً بأنه من حقه أن يعوض عن ربحه الحلال مـــن عمله ورأس ماله . إلا أنهُ يراعى عدم تجاوز التعويض حجم الضرر الحقيقي الذي أصـــاب المـــتعاقد ويســـتعين القاضي بالخبراء لتقدير التعويض إلا أنه يجب أن يشترط للحصول على التعويض ما يلي:-

أ‌. عـــدم مســـاهمة المتعاقد المضرور بخطئه في إحداث بعض الأضرار المترتبة على فعل الأمير .

ب. عدم تضمين العقد الإداري نصاً يعفي الإدارة المتعاقدة من المسؤولية .

ج. أن يستمر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد قدر استطاعته .

ثانياً:- فسخ العقد

إذا ترتـــب علـــى فعل الأمير استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، جاز لجهة الإدارة فسخ العقد وكذلك للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد[1].

كما جاز له أن يلجأ إلى القضاء للحكم له بالفسخ حيث يعتبر فعل الأمير بهذا الصدد بمثابة قوة قاهرة[2].

ولا يســـقط التزام المتعاقد مع الإدارة بمجرد طلبه من الإدارة المتعاقدة، أو القضاء فسخ العقد، وإنمـــا ينبغي عليه الاستمرار في تنفيذ العقد حيث يتم الإجابة على طلبه سواء من قِبلْ القضاء أو من قِبلْ الإدارة .

---

(١) د. عبد العظيم عبد السلام، نظرية فعل الأمير وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٨.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٩٣.

وفـــي حالـــة إجابـــة طلـــبه يتحرر المتعاقد من التزاماته التعاقدية وكافة النتائج المترتبة على الإجراءات التي اتخذتها الإدارة ضده من تاريخ طلب الفسخ كسقوط غرامة التأخير.

ثالثاً:- الإعفاء من غرامات التأخير .

لقــد أجاز القضاء الإداري للإدارة حق توقيع غرامات مالية على المتعاقد معها في حال تقاعس أو تأخر في تنفيذ التزاماته وتسمى هذه الغرامات بغرامات التأخير ويتم تحديدها:-

١. عن طريق العقد بتضمين نص فيه يحدد غرامة التأخير.

٢. عــن طــريق المشرع بنصوص قوانين صريحة كالقوانين والأنظمة للمناقصات والمزايدات والعقود الإدارية.

ويجوز للمتعاقد مع الإدارة مطالبة الإدارة المتعاقدة معه إعفائه من غرامات التأخير المالية إذا أثبت أن فعل الأمير هو السبب في تأخيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية، أو جعل تنفيذ هذه الالتزامات أمراً عسيراً(١).

ومحكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ١١ /١/١٩٥٦م سمحت للإدارة إعفاء المتعاقد معها من غرامات التأخير كلياً أو جزئياً في الحالات التالية(٢).

١. إذا كانت جهة الإدارة هي وحدها التي سببت كل مدة التأخير .
٢. إذا كان المتعهد ضحية خالصة لقوة قاهرة .
٣. إذا طلب المتعهد رسمياً مهلة جديدة للتوريد ووافقت الإدارة على ذلك دون تحفظ من جانبها.
٤. إذا قدرت جهة الإدارة ظروف المتعهد وقررت إعفائه من آثار مسئوليته عن التأخير.

وتجدر الإشارة إلى أن محكمة التمييز الأردنية وفي أحد قراراتها بخصوص نظرية فعل الأمير أشـــارت إلـــى أن التشريع الأردني الذي كان نافذ المفعول قبل صدور القانون المدني لم يأخذ بنظرية الحوادث الطارئة أو نظرية فعل الأمير إنما كان يأخذ بالقوة القاهرة كسبب من أسباب فسخ العقد دون إلزام المتعهد بالتعويض(٣).

---

(١) د. عبد العظيم عبد السلام، نظرية فعل الأمير وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١١٢.
(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٩٥.
(٣) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٨٠/٣٤١ لسنة ١٩٨١، مجلة نقابة المحامين، ص ٧٧٥.

المطلب الثاني

نظرية الظروف الطارئة

نحـن نعلـم بـأن الإدارة المـتعاقدة يمكن لها أن تعدل العقد الإداري وذلك حتى يتلاءم ومتطلـبات الحاجـات العامة المتجددة، لكن قد يحصل أن يتم التعديل نتيجة أحداث أو ظروف اسـتثنائية غير متوقعة وقت إبرام العقد، مستقلة عن إرادة أطراف العقد أخلت بالتوازن المالي خلـلاً جسيماً بحيث تجعل تنفيذ العقد صعباً وثقيلاً (أشد إرهاقا وأكثر كلفة) علاوة على ما كان يتوقعه الأطراف، لكن وبالنتيجة لا يكون التنفيذ بحد ذاته مستحيلاً، في هذه الحالة يحق للمتعاقد مـع الإدارة أن يطالبها بمساعدته مادياً عن طريق التعويض الجزئي من أجل تغطية الأضرار الناشئة عن تلك الظروف المؤقتة وذلك بغية إمكانية المتابعة من قبل المتعاقد.وسيتم تناول نظرية الظروف الطارئة من خلال الفروع التالية:-

- الفرع الأول:- الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة .
- الفرع الثاني:- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة .
- الفرع الثالث:- الآثار القانونية لنظرية الظروف الطارئة .

الفرع الأول

الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة

يمكنـنا أن نجمـل التـبريرات المقدمـة من قبل الفقه والقضاء الإداريين لتطبيق نظرية الظروف الطارئة بثلاث أفكار رئيسية:-

١. **الـتوازن المالي للعقد:** إن قلب التوازن المالي للعقد بسبب طارئ خارجي يؤدي إلى إعطـاء الحق للمتعاقد بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة، لأن هذه النظرية وجدت من أجل تأمين التوازن المالي للعقد .

ويرى الباحث أن هذا الأساس بعيد عن الصحة للأسباب التالية:

أ. لأن التعويض الممنوح إلى المتعاقد على أساس نظرية (الظروف الطارئة) لا يغطي كافـة الأضـرار لكـنه يقدم كمساعدة للمتعاقدين من أجل مواجهة الحالة الاستثنائية ولتسمح له بالنتيجة تأمين استمرارية المرفق العام .

ب. نحن نعلم أن نظرية الظروف الطارئة لا تطبق رغم قلب التوازن المالي للعقد إذا بقي ضـمن المخاطر العادية وهذا يؤكد أن النظرية تطبق في حال قلب التوازن المالي بعد تجاوزه لدرجة معينة معقولة.

جـ. إنّ قلب التوازن المالي للعقد يعتبر أحد الشروط لتطبيق نظرية (الظروف الطارئة) وهذا يعني أن وجود مثل هذا الشرط بمفردة لا يؤدي إلى تطبيق النظرية ؛ لأنه ومن أجل تطبيق نظرية (الظروف الطارئة) لابد من وجود شروط أخرى .

وتضمن القانون المدني الأردني النص على هذه الظروف في المادة ٢٠٥ وطبقها القضاء بالعديد من قراراته منها قرار لمحكمة التمييز تقول فيه " إذا طرأت عند تنفيذ الالتزام ظروف لم يكـن فـي الوسع توقعها وقت التعاقد وكان من شأنها أن تؤثر على حقوق الطرفين وواجباتهم بحيث تخل بتوازن العقد إخلالاً خطيراً وتجعل التنفيذ مرهقاً لدرجة لم يتوقعها بحال من الأحوال بحيـث تهـدد الملـتزم بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعاً للظرف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفيـن أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة" . وفي قرار آخر تقول فـيه "يسـاق الدفع بالظروف الطارئة في المسؤولية العقدية التي يجوز للمحكمة عند ثبوته رد الالتزام التعاقدي المرهق إلى الحد المعقول ولا يساق هذا الدفع في المسؤولية التقصيرية"(١).

٢. الإرادة المشتركة لأطراف العقد:

إنّ العقـد الإداري يـبرم نسبياً لمدة طويلة، فهو يشتمل على مخاطر عادية يكون موافق عليها من قبل الأطراف المتعاقدة بشرط أن تبقى هذه المخاطر ضمن حدود معقولة، لذلك عندما يجد المتعاقد نفسه ضمن حالة غير عادية بسبب حدث خارجي غير متوقع، سيكون من المنطق أن يؤسـس القاضـي حكمـه آخذاً بعين الاعتبار إرادة أطراف التعاقد، وبالنتيجة منح المتعاقد تعويضاً بغية إعادة التوازن المالي للعقد المرغوب من قبل الأطراف وقت التعاقد(٢).

---

(١) محكمة التمييز الأردنية، قرار رقم ٩١/٣٢، لسنة ١٩٩٢، العدد ٧-٨-٩، مجلة نقابة المحامين، ص ٩٢٠.

(٢) جيز، عقود الإدارة، الجزء الخامس لعام ١٩٣٤، ص ٤٦٦.

يبدو لنا بأنّ هذا المبدأ كأساس هو ضعيف جداً، صحيح أن الإدارة تجد نفسها مضطرة أو ملزمة بمساعدة المتعاقد خلال الظروف غير العاديه، غير المتوقعه، والخارجة عن إرادة أطراف العقـد. مع ذلك أن هذا الالتزام لا ينتج عن نصوص مدرجة في العقد ، بل من القواعد العامة التي توجد بغية الحفاظ على حسن تسيير المرفق، بالإضافة إلى ذلك يجب أن نشير بأنه لا يمكن تفسـير العقد حسب قواعد القانون المدني التي تلزم بتنفيذ العقد بلا قيد أو شرط، لأن الهدف من العقد الإداري هو على الدوام إشباع الحاجاتَ العامة.

٣. المرفق العام:

كما نعلم أن الإدارة تقوم بابرام العقود مع الأفراد، إلاّ أنها تبقى دائماً المسؤول الوحيد عن حسن إدارة المرفق العام. وبهذا يتبين لنا أن الإدارة من حقها، لا بل من واجبها أن تقوم بالسهر والمراقـبة خـلال تنفـيذ العقد، من أجل إشباع المرفق العام للحاجات العامة المتجددة، في هذا المجـال، إذا رأى المـتعاقد أنّ هناك ظروف غير متوقعه وخارجه عن إرادته أدت إلى اختلال الـتوازن المالـي للعقد فعلى الإدارة نجدته وذلك بتقديمها له مبلغاً من المال كتعويض من أجل تمكيـنه مـن مجابهة الظروف غير العاديه وضمان تأمين تسيير المرفق العام، لكن استمرارية المرفقَ العام لا يعتبر الشرط الوحيد المانع لغيره، هذا يعني أن تعويض المتعاقد يمكن أن يستند في نفس الوقت على اعتبارات مثل مبدأ العدالة.

يـبدو لـنا أن مفهـوم المرفق العام كأساس قانوني لتطبيق نظرية (الظروف الطارئة) معقولاً جداً لسببين:

الأول:– باعتبار أن الإدارة مسؤولة عن حسن تنفيذ العقد الإداري يتوجب عليها من أجل تجـاوز الفـترة غـير العاديه، مد التعاقد بكافة الوسائل الضرورية من أجل تأمين حسن تسيير وتنظيم المرفق العام .

الثانـي:– لنفترض إنَ الإدارة هي نفسها التي تقوم بتسيير المرفق العام، وارتفعت أسعار المواد الأوليةِ للمرفق، فمن الطبيعي جداً أن تَقوم الإدارة برفع أسعار منتجات المرفق، ولذا فمن الضـروري أن تقـوم الإدارة بتقديم تعويض للمتعاقد المتضرر من جراء ظروف خارجة عن إرادته من أجل تغطية القسم الأكبر من الأضرار حتى يتمكن من تحقيق مبدأ استمرارية المرفق العام .وأخيراً ما دام أن المتعاقد قام بتنفيذ العقد على أكمل وجه، يبدو لنا منطقياً تعويض المتعاقد علـى أسـاس نظرية الظروف الطارئة من الأضرار الذي لحقت به خـلال مـدة

التنفـيذ بالــرغم من انتهاء العمل بالعقد بالشكل الطبيعي، وحسب اعتقادنا أن هذا التعويض لا يخرج عن إطار مبدأ استمرارية المرفق العام كأساس قانوني لتطبيق نظرية (الظروف الطارئة) طالما أنه يتعلق بالعمل خلال مدة التنفيذ.

الفرع الثاني

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لقد حدد القضاء الإداري في فرنسا بقراره (غاز بوردو) لعام ١٩١٦ الشروط التي يجب أن تـتوفر حـتى تقـوم الإدارة بالتعويض على المتعاقد المتضرر استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة وهي:-

١. يجـب أن يكـون الحدث الذي أدى إلى صعوبات في تنفيذ العقد غير متوقع وغير عادي . إنّ من البديهي أن يتضمن كل تعهد طويل الأجل طوارئ واحتمالات لا يمكن أن تؤخذ كلهـا بعيـن الاعتبار، لكن الطارئ غير المتوقع الذي لا يمكن أن يتوقعه المتعاقدان حين توقيع العقد، هو الذي يعتد به فقط، وكمثال على الأحداث غير العادية وغير المتوقعة نذكر: الحروب، الأزمات النقدية، الأزمات الاقتصادية الشديدة، بالمقابل لا يمكن طلب التعويضات إذا أصبح تنفيذ العقد باهظاً نتيجة ارتفاع في الرسوم الضريبية مثلاً .

٢. يجـب أن يكـون الحـدث مستقلاً عن إرادة الطرفين المتعاقدين، فإن كان للظرف علاقة بالمتعاقد فإن النظرية لا تطبق، وينبغي عليه أن يتحمل نتائج أخطائه الخاصة[١].

٣. يجـب أن يـؤدي الحـدث لانقلاب حقيقي في العقد .أن مجرد ضياع الربح على المـتعاقد لا يكفـي بل يجب أن يلحق به عجز مستمر وجسيم، وبالمقابل إن أصبح هذا العجز الجسـيم دائماً فإنّ تعويض الظرف الطارئ يمكن أن يبدو غير كاف لتأمين تنفيذ العقد، ونصبح حينئذ أمام ما يسمى بحالة القوة القاهرة التي تتميز بنظام قانوني مختلف[٢].

---

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، مرجع سبق ذكره، ص ٦٨٠.

(٢) حكـم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ١٩ يونيه ١٩٦٠، أشار إليه د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، مرجع سبق ذكره، ص ص ٦٨٥-٦٨٦.

وبهذا المعنى تقول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ١٩ يونية سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص٢٦١) "أن مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ أثقل وأشق كلفة مما قدره المتعاقدان تقديراً معقولاً، بأن تكون الخسارة الناشئة عنه، والتي تلحق المتعاقد، فادحة واستثنائية تجاوز الخسارة العادية، بمعنى أنه إذا لم يترتب على الظرف الطارئ خسارة ما، أو كانت الخسارة طفيفة بالنسبة إلى عناصر الضرر في مجموعه، أو انحصر كل أثر الظرف الطارئ في تفويت فرصة الربح على المتعاقد، فأنه لا يكون ثمة مجال لإعمال أحكام هذه النظرية[١].

٤. يجب أن يكون الضرر الحاصل والذي أدى إلى قلب التوازن المالي للعقد ذو طابع مؤقت:
ومن خلال دراستنا لنظرية الظروف العادية يمكننا التأكد أن الفائدة منها هو إعادة التوازن المالي للعقد بغية تأمين استمرارية المرفق العام من قبل المتعاقد خلال الظروف المؤقتة وغير العادية، وأن شرط الطابع المؤقت للظرف الاستثنائي يشكل الحد الفاصل والمنطقي بين تطبيق نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة.

وبعد أن بيّنا شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، سنبين من خلال الفرع التالي الآثار القانونية لهذه النظرية.

الفرع الثالث

الآثار القانونية لنظرية الظروف الطارئة

عندما تجتمع شروط تطبيق نظرية (الظروف الطارئة)، يكون للمتعاقد الحق في طلب إعادة التوازن المالي للعقد، وكما لاحظنا سابقاً فيما يتعلق بمبدأ (استمرارية المرفق العام) كأساس قانوني لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، يبقى المتعاقد ملزماً بتنفيذ العقد الإداري بطريقة مستمرة رغم حالته الصعبة خلال الظروف غير العادية، لكن وبالمقابل يكون له الحق بتعويض جزئي عن الخسائر التي ألمت به نتيجة هذه الظروف، أما في حالة توقف المتعاقد عن التنفيذ، فالقضاء الإداري يرفض أي تعويض له، لأن الغاية الأساسية من التعويض، على أساس

---

(١) أشار إليه د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، مرجع سبق ذكره، ص ص ٦٨٥-٦٨٦.

٢.يجب أن تكون الصعوبات ناتجة عن ظروف خارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة: هذا يعنـــي أن المـــتعاقد لا يعــوض عــن الصعوبات الحاصلة نتيجة فعله (عدم احترامه للشروط التعاقدية أو إهمالها ببذل الجهد بغية منع وقوع مثل هذه الصعوبات)[١].

إضـــافة لذلـــك يمكننا القول بأنه يجب ألا تكون الصعوبات غير المتوقعة ناتجة عن فعل الإدارة فـــي هذه الحالة تطبق نظرية (فعل الأمير) كأساس لتعويض المتعاقد في حال اجتماع شروط تطبيقها[٢].

٣. يجب أن تكون الصعوبات التي تصادف المتعاقد غير متوقعة
حين إبرام العقد:

إنّ القاضـــي الإداري لا يوافق على منح المتعهد التعويض إذا قدّر بأنّ الصعوبات التي صادفها المتعاقد كان بالإمكان توقعها من قبله[٣].

٤. يجـــب أن يكـــون للصـــعوبات طبيعة غير عادية: هذا يعني أنه إذا صادف المتعاقد صـــعوبات بسيطة لا يمكن تطبيق هذه النظرية[٤]، فلا بد إذا من أن تتخذ هذه الصعوبات طابعاً استثنائياً وغير متوقع.

فـــي حـــال نص العقد على وجوب التنفيذ من قبل المتعاقد رغم كل الصعوبات، في هذه الحالة، لا يستبعد حقه في مبلغ مالي إضافي لقاء الصعوبات التي صادفته خلال التنفيذ.

---

(١) قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٨٥/٦/١٧ المشار إليه في مجلة قرارات مجلس الدولة، ص ١٧٢٩.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، مرجع سبق ذكره، ص ٧٢٣.

(٣) قرار مجلس الدولة بتاريخ ١٩٧٧/٧/٢٢، المشار إليه في مجلة القانون الإداري لعام ١٩٧٨، ص ١٤٨٤.

(٤) قـــرار مجلس الدولة بتاريخ ١٩٧٧/٦/٨، مدينة مرسيليا – المشار إليه في مجلة القانون الإداري، لعام ١٩٧٨، ص ١٤٨٥، وقرار مجلس الدولة بتاريخ ١٩٨٢/٧/٢، المنشور في مجلة قرارات مجلس الدولة، ص ٢٦١.

الفرع الثاني

الآثار القانونية لنظرية الصعوبات غير المتوقعه

ينـتج عن تطبيق نظرية (الصعوبات غير المتوقعه) نتيجتان هامتان هما أولاً:- التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد رغم كل الصعوبات، ثانياً:- منح المتعاقد الحق في التعويض.

أولاً: التزام المتعاقد في تنفيذ العقد: صحيح أن الصعوبات غير المتوقعه تضع المتعاقد ضمن حالـة صعبة، إلا أنها لا تعفيه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته[1]. وهذا الإلزام ينتج عـن توجـيه أمـر إداري مـن قـبل الإدارة يأمره بالاستمرار في التنفيذ رغم كل الصـعوبات، لكـن علـيه أيضـاً أن يسـتخدم كافة الوسائل الضرورية لتجاوز هذه الصعوبات دون انتظار هذه الأوامر .

إضـافة إلـى ذلك، إن الصعوبات غير المتوقعة يمكن أن تبرر تأخير التنفيذ من قبل المتعاقد وتحرره من عقوبات التأخير .

ثانـياً: حـق الـتعويض: إن حق التعويض للمتعاقد بموجب نظرية الصعوبات المادية غير المـتوقعه يختلف عن التعويض الحاصل عن نظرية الظروف الطارئة لأن التعويض فـي الحالة الأخيرة يكون جزئياً في حين أن التعويض في مجال نظرية الصعوبات الماديـة غـير المتوقعه يكون عبارة عن مبلغ إضافي من المال، أو وضع سعر جديد يـتلاءم مـع الظروف المستجدة في حال تحول شروط وتنفيذ العقد بشكل كامل نتيجة الصعوبات المادية غير المتوقعه[2].

مع ذلك إذا لم يكن بالإمكان اعتماد السعر المدون في العقد، يجب أن يُعوض المتعاقد مع الأخذ بعين الاعتبار جميع المصاريف الناتجة عن الصعوبات غير المتوقعة[3].

---

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، مرجع سبق ذكره، ص ٧٢٧.

(٢) قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٦٢/١٢/٢، المشار إليه في مجلة القانون الإداري لعام ١٩٨٣، ص ٢٣٦.

(٣) قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٨٢/٥/١٢، المشار إليه في مجلة القانون الإداري لعام ١٩٨٣، ص ٢٣٦.

المطلب الرابع

مقارنة بين نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعه في إعادة التوازن المالي.

بعد الانتهاء من عرض أهم النظريات في مجال العقد الإداري لابد من عمل مقارنة موجزة بين النظريات الثلاث من حيث أوجه الشبه والاختلاف بينها:-

الفرع الأول

أوجه الشبه

أولا:- النشأة القضائية للنظريات الثلاث: فهذه النظريات هي وسائل ابتدعها القضاء الإداري وخصوصاً مجلس الدولة الفرنسي، وهذه النشأة القضائية تجعل أحكام هذه النظريات تتطور باستمرار .

ثانيا:- تقوم النظريات الثلاث على أساس مسؤولية الإداري بلا خطأ، وبالتالي فإنّ تسليم القضاء الإداري بتطبيق نظرية من النظريات الثلاث يفترض في ذات الوقت أن التصرف الضار الذي يشكو منه المتعاقد لا يتضمن أي خطأ من جانب الإدارة وإذا أخطأت الإدارة فلا يمكن إثارة مسئوليتها على أساس واحده من النظريات السابقة بل تسأل في نطاق المسؤولية التعاقدية العادية(١).

ثالثا:- يشترط في النظريات الثلاث أن يكون الحدث الذي أدى إلى اختلاف التوازن المالي وتترتب عليه المسؤولية غير متوقع والحق ضرراً وخسارة للمتعاقد.

رابعا:- مجال النظريات الثلاث يشمل جميع العقود الإدارية وبمعنى أنه يجوز لكل متعاقد أن يستند إلى أي من النظريات الثلاث إذا استوفى شروط تطبيقها(٢).

خامسا:- استقر القضاء الإداري على أنه لا يجوز الاتفاق بين الإدارة والمتعاقد معها على استبعاد تطبيق نظرية فعل الأمير أوالظروف الطارئة أو الصعوبات المادية غير المتوقعه.

---

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٧٣٢.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٧٣٣.

سادساً:- تقوم النظريات الثلاث على حكمة واحدة وهي مراعاة مدى صلة المتعاقد بالمرافق العامة على اعتبار أن المتعاقد يعاون الإدارة في أداء وظيفتها حتى يشجع الأفراد على التعاقد مع الإدارة،وقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي هذه النظريات الثلاث(١).

الفرع الثاني

أوجه الاختلاف

أولاً:- من حيث الفعل التي تتحقق به المسؤولية:

ارجع الفقه نظرية (فعل الأمير) إلى المخاطر الإدارية، ونظرية (الظروف الطارئة) إلى فكرة المخاطر الاقتصادية، ونظرية (الصعوبات المادية) إلى الظواهر الطبيعية .ذلك أن نظرية (فعل الأمير) تفرض صدور إجراء عام، أو خاص من جانب الإدارة المتعاقدة، أما نظرية (الظروف الطارئة) تطبق إذا طرأت حوادث استثنائية عامة كالحروب، أو الفيضانات تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب بما يترتب عليه إرهاق المتعاقد . وكذلك نجد أن نظرية (فعل الأمير) مؤداها أن العمل الضار يجب أن يكون منسوباً إلى جهة الإدارة المتعاقدة وتمتاز نظرية (الصعوبات المادية) بأنها لا يمكن أن ترجع إلى عمل الإدارة أو المتعاقد معها بل هي باستمرار خارجة عن إرادة المتعاقدين(٢).

ثانيا:- من حيث شروط التطبيق:-

يلاحظ في نظرية فعل الأمير إنّ الإجراء الصادر من جهة الإدارة المتعاقدة، أو من أية سلطة أخرى قد يؤدي إلى تعديل مباشر للعقد ، أو تعديل غير مباشر ولهذا أثر كبير في حالة الحكم بالتعويض ، بينما في حالة نظرية الظروف الطارئة فإنّ الحادث الطارئ يؤثر على العقد تأثيراً مباشراً فدائماً يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً وأكثر كلفة.

كذلك من شروط تطبيق نظرية فعل الأمير و الصعوبات المادية أن ينال المتعاقد أي ضرر فلا يشترط في الضرر الذي يبرر تطبيق النظريتين أي قدر من الجسامة، أما نظرية

---

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، مرجع سبق ذكره، ص ٧٣٣.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، مرجع سبق ذكره، ص ص ٧٣٤-٧٣٥.

الظروف الطارئة فيتعين أن يصل الضرر إلى درجة إرهاق المتعاقد ويؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد(١).

ثالثاً:- من حيث الآثار:

أنـــه في حالة نظرية فعل الأمير أو الصعوبات المادية غير المتوقعه فإنّ التعويض الذي يحكـم بـه هـو التعويض الكامل الذي يغطي جميع الأضرار التي تلحق المتعاقد. أما نظرية الظــروف الطارئة فإنّ التعويض يكون جزئياً وهو مؤقت لمساعدة المتعاقد على تنفيذ التزاماته حتى لا يضطر إلى التوقف(٢).

فـــي نهايـــة هذا الفصل من دراستي والذي قسمته إلى مبحثين تناولت في المبحث الأول الحقـــوق المالـــية للمـــتعاقد مـــع الإدارة . كمـــا تناولت في المبحث الثاني ما يتعلق بالحق في التعويضـــات المحتملة (التوازن المالي) وذلك من خلال أربعة مطالب تحدثت في المطلب الأول عـــن نظرية فعل الأمير، وفي المطلب الثاني عن نظرية الظروف الطارئة، وفي المبحث الثالث عـــن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعه ، ثم رأيت في الختام أن اعقد مقارنة بين نظرية فعـــل الأمير ، ونظرية الظروف الطارئة ، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعه في مجال القانون الإداري وذلك ببيان أوجه الشبه والاختلاف بينها.

وبعـــد دراســـتي لهذا الفصل توصلت إلى عدد من النتائج منها ما يتعلق بالقضاء الإداري الأردنـــي ممـــثلاً بمحكمـــة العـــدل العلـــيا فإنهّـــا أعلنت عدم اختصاصها، وليس من بين هذه الاختصاصـــات الـــنظر فـــي منازعات العقود الإدارية . وكذلك احتفاظ نظرية (فعل الأمير) بطابعها القضائي على الرغم من ازدياد أهمية العقد الإداري في مجال القانون العام .

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٧٣٦.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ص ٧٣٦-٧٣٧.

الفصل الثالث

القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية

الفصل الثالث

القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية

إن القاضـــي الإداري لا يملك سلطة إلغاء القرار الإداري الذي تصدره الإدارة بشأن العقد، وإنمـــا يملـــك ولايـــة القضاء الكامل بهذا الصدد، ولاعتبارات قانونية قد أفسح المجال في إطار المـــنازعات الإداريـــة، كاســـتثناء على القاعدة العامة المذكورة، وأول من بدأ بهذا الاستثناء هو مجلس الدولة الفرنسي وتبعه في ذلك القضاء الإداري في مصر وغيرها من البلدان، بل أنه حتى في الأردن نجد أنه بالرغم من أن القضاء العادي هو المختص بالنظر بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإداريـــة، إلا أن هذا القضاء قد أفسح المجال استثناء لقضاء الإلغاء الذي قد قرر ولايته في مجال هـــذا الاســـتثناء، حيث أن دعوى الإلغاء لا يمكن أن توجه إلى العقود، ذلك إن من شروط قبول دعوى الإلغاء ؛ أن توجه الدعوى إلى قرار إداري ولكنها لا يمكن أن توجه إلى عقد من العقود ؛ لأن العقـــد هـــو توافق بين إرادتين بينما القرار هو تعبير عن إرادة الإدارة بمفردها . وفي مجال قضـــاء الإلغـــاء لا يمكن الاستناد إلى مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية كسبب من الأسباب التي تجـــيز طلـــب إلغاء القرار الإداري، فدعوى الإلغاء هي جزاء لمبدأ (المشروعية)[1]. أي أنه كلما عـــبرت الإدارة عـــن إرادتها بقرار يخالف مبدأ (المشروعية)، كان هذا قراراً إدارياً يصلح لأن يكـــون موضـــوعاً لدعوى الإلغاء، أما إذا كان قرار الإدارة يخالف التزاماتها التعاقدية، كان هذا مخالفـــة للعقـــد لا تصلح إلا للقضاء الكامل . وإبرام العقد يتم باتباع مجموعة من الإجراءات قبل الحصـــول علـــى موافقة جهة معينة قبل إبرام العقد وبالتالي قد تساهم قرارات صادرة عن جهات متعددة في تكوين العقد وهذه قرارات إدارية صادرة بإرادة منفرده ، وبسبب الطبيعة الخاصة لهذه الإجـــراءات ابتدع مجلس الدولة الفرنسي فكرة (الأعمال القابلة للانفصال)[2]، حيث كان مجلس الدولـــة الفرنسي يقضي بقبول الطعن في الأعمال التحضيرية للعقد الإداري في حالة عدم إبرامه،

---

(١) أنظر: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ص ٢٠٧-٢٠٨.

(٢) د. محمـــد ولـــيد العـــبادي، الاختصـــاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المنارة، جامعة آل البيت، العدد الثاني، نيسان ١٩٩٨، ص ص ٢٧-٢٨.

أما في حالة إبرام العقد فإنه يقضي بعدم قبول الطعن بإلغاء جميع الأعمال المتعلقة بالعقد الإداري ومنها الأعمال التمهيدية التي تسبق إبرام العقد(١).

وتستند الفكرة التي أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي إلى أن العقد لا يمكن الطعن فيه بالإلغاء ولكن يجوز ذلك في الأعمال الصادرة عن الإرادة المنفردة للإدارة إذا أمكن فصلها عن العقد الذي ساهمت في تكوينه(٢).

وسـيتم دراسـة موضـوع القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية من خلال خمسة مباحث:-

المبحث الأول: مفهوم القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية وتمييزها عن القرارات التنفيذية.

المبحث الثاني: اختصاص دعاوى العقود الإدارية.

المبحـث الثالـث: الاتجاهـات الفقهية وتطبيقات في نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية.

المبحث الرابع: صفة الطاعن بالإلغاء .

المبحث الخامس : آثار الحكم بإلغاء القرار المنفصل عن العملية العقدية .

---

(١) د. إسـماعيل البدوي، القضاء الإداري، الجزء الثاني، أسس تنظيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٣، ص ص ٤٨٤-٤٨٥.

(٢) ولمـزيد مـن التفاصـيل، أنظر: د. عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، الجزء الأول، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٣٦٣، يناير ١٩٧٦، ص ص ٥٠١-٥٠٧.

المبحث الأول

مفهوم القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية وتمييزها عن القرارات التنفيذية للعقد الإداري

بالرغم من أن محكمة العدل غير مختصة بنظر منازعات العقود الإدارية وفق ما استقر عليه اجتهاد المحكمة حيث أكدت على: (أن العقود إذا أبرمت لا يصح أن تكون محل طعن بالإلغاء ؛ ذلك لأن قانون تشكيل المحاكم قد أورد على سبيل الحصر القرارات الإدارية التي تخضع للطعن بالإلغاء ولم يعتبر العقود قابلة للطعن لدى محكمة العدل العليا[١].

إلا أن المحكمة مع ذلك أخذت بنظرية (الأعمال المنفصلة) وقد أشارت إلى ذلك في الحكم رقم (٨١/٥٣) إلى مايلي: (من المتفق عليه أن القرار الإداري إذا كان مندمجاً في عملية مركبة فإن قواعد الاختصاص العادية تسمح لمحكمة العدل العليا أن تفصل القرار الإداري من هذه العملية المركبة وإخضاعه لقضاء الإلغاء على أن تترك باقي العملية المتعلقة بالحق المدني للجهة القضائية المختصة[٢].

ولتحديد مفهوم القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية وتمييزها عن القرارات التنفيذية للعقد الإداري فسوف نتناول ذلك من خلال المطالب التالية:-

المطلب الأول:- مفهوم القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية .

المطلب الثاني:- التمييز بين القرار المنفصل والقرار التنفيذي للعقد الإداري.

---

(١) عدل عليا رقم (٨٢/٦) مجلة نقابة المحامين، لسنة ١٩٨٢، ص ٩٥٦.

(٢) عدل عليا رقم (٨١/٥٣) مجلة نقابة المحامين، ص ١٨٧.

المطلب الأول

مفهوم القرارات القابلة للانفصال عن العميلة العقدية

قـــد تكون الوسائل التي تستخدمها الإدارة للقيام بالمهام المنوطة بها، عبارة عن مجموعه متسلسلة مـــن أعمـــال تتجه نحو تحقيق العمل النهائي ، وهي تشكل وحدة متجانسة رغم تعدد الإجراءات، وتســـمى بالعملية ذات الإجراءات، ومن أمثلتها العقود، إذ تحتوى على مجموعه من الإجراءات، فـــالعقود تتضـــمن العديد من الأعمال والإجراءات المادية والقانونية، حيث تشتمل على دراسات، وبعدها صدور قرار الإذن بالتعاقد وطرح العطاء في مناقصة تتم على مراحل متعددة تنتهي بقرار إرســـاء المناقصة من الجهة المختصة والذي يخضع بدوره للتصديق . ويتم تنفيذ العقد من خلال إجـــراءات كـــتوريد المـــواد، وقد توقع الإدارة إثناء فترة سريان العقد إجراءات على المتعاقد في صورة قرارات قد تصل في أقصاها إلى إنهاء العقد أو فسخه[١].

وتطبيقا لذلك قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن:-

" القـــرار المنفصـــل هو:- قرار يسهم في تكوين العقد ويستهدف إتمامه، إلا أنه ينقص عن العقد وينفرد عنه في طبيعته فيجوز الطعن فيه استقلالا[٢]. فالعملية العقدية عملية مركبة تقتضي اتخاذ العديد من الإجراءات الإدارية اللازمة لإبرام العقد لكنها ليست جزء من العقد نفسه[٣].

فهذه القررات لها بعدان:-

زاوية عقدية:- باعتبارها من مكونات العقد.

زاوية إدارية:- باعتبارها قرارات إدارية. ويرى جانب من الفقه أنه لا يوجد مبرر لأن تستغرق زاويـــة مـــنهما الـــزاوية الأخرى، وبالتالي يمكن للمتعاقد أو حتى الغير الأجنبي عن العقد الطعن بالإلغـــاء في القرارات التي تسهم في تكوين العقد متى أمكن فصلها عن العملية الإدارية وتأسيس

(١) د. عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، مرجع سبق ذكره، ص ٣٠٧.

(٢) المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٤٥٦، رقم ١٧/٣٢٠، ق ١٩٧٥/٤/٥، السنة ٢٠، ص ٣٠٧.

(٣) علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، الكتاب الأول: قضاء الإلغاء، ١٩٩٥، ص ٤٤٧.

العيوب التي تشوبها على أحد عيوب القرارات الإدارية، كعيب الاختصاص أو الشكل، أو أي عيب آخر دون الاستناد إلى بنود العقد[١].

ونظرية (القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية) تستخدم سواء كان العقد مدنياً أو إدارياً، إذ ينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقد الذي تبرمه الإدارة، وبين الإجراءات التي تمهد لإبرام العقد أو تهيئ إلى مولده، وبغض النظر عن كون العقد مدنياً أو إدارياً، فإن هناك إجراءات تتم بقرار من السلطة الإدارية لها خصائص القرارات الإدارية ومقوماتها من حيث كونها إفصاح عن إرادة الإدارة الملزمة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين والأنظمة بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقاً للمصلحة العامة،وهذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد، أو تستهدف إتمامه، فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً أو إدارياً وتنفصل عنه، ومن ثم يجوز لذوي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً، ويكون اختصاص النظر بطلب إلغائها معقودا لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها[٢].

وقد أقر القضاء الإداري إمكانية فصل بعض الإجراءات المندمجة في العملية العقدية ومخاصمة شرعيتها بدعوى تجاوز حدود السلطة، ومثالها:- العقود التي يبرمها الموظفون العاملون غير المثبتون في الخدمة العامة كالإشارة الواردة في العقد إلى أن الشخص المعين يعد محاضرا متفرغاً، أو اعتباره معينا من الخارج ؛ وتبرير ذلك إن منازعة الوظيفة العامة تتميز بسمات ذاتية، فلا يوجه الطعن فيها إلى العقد، ولا يستهدف مخاصمة مشروعيته بل يوجه ضد قرار إداري سابق ومندمج في العقد يخاصم المخالفة مبدأ (المشروعية)[٣] فولاية قاضي الإلغاء بهذه الطعون تستند إلى فكرة (القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العملية العقدية)[٤].

ومن تطبيقات هذه الفكرة إن القضاء يقبل فصل قرارات متعلقة بعمليات تدخل في اختصاص القضاء العادي كالعمليات الخاصة بعقود القانون الخاص، ونزع الملكية للمنفعة العامة، وقد تكون

---

(١) د. محمد وليد العبادي، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩.

(٢) حكم ١٩٧٠/٤/٥ السنة ١٧ ق رقم ٣٢٠، المجموعة س٢، ص ٣٠٨، أشار إليه د. عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ١٨٣.

(٣) علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سبق ذكره، ص ٤٥٠.

(٤) عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨.

العملية من اختصاص القضاء الإداري الكامل مثل عمليات انتخاب المجالس المحلية، والعقود الإدارية.

وقد جاء في حكم لمحكمة العدل العليا بقولها:- "إن النزاع على الحقوق يعود للمحاكم العادية، ولو كان متعلقاً بعقود إدارية ذلك لأن اختصاصات محكمة العدل العليا قد وردت على سبيل الحصر ولا تشتمل على المنازعات المتعلقة بالعقود على اختلاف أنواعها"(١). وهو ما صرحت به محكمة التمييز بقولها:- "إن فسخ العطاء من قبل البلدية ومنع المتعهد من تنفيذه بعد إبرام تنفيذ العقد هو فسخ للعقد ذاته، والفسخ بهذه الحالة هو تصرف عقدي، وتختص محكمة البداية بالنظر بما ينشأ عنه من التزامات على الطرفين وعليه فلا يرد الدفع المثار من قبل البلدية بأن فسخ العطاء هو قرار إداري يخضع للطعن أمام محكمة العدل العليا"(٢).

فالقرارات الصادرة عن السلطة بإعلان حالة الطوارئ بمقتضى المادة (١٢٤) من الدستور، والعمل بقانون الدفاع، وكذلك القرار الصادر بمقتضى المادة (١٢٥) من الدستور المتضمن الأحكام العرفية، هذه القرارات لا تخضع لرقابة القضاء(٣).

من المسلم به أن قضاء العقود الإدارية ينتمي أساساً إلى القضاء الكامل ولكنه يثير بعض المشاكل التي تتعلق بقضاء الإلغاء(٤).

فقد قررت محكمة القضاء الإداري في مصر:- "أن القرارات السابقة أو اللاحقة إلى العقد كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة، وقرارات لجنة فحص العطاءات، وقرارات لجنة البت، والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة هي بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد، ومن ثم يجوز الطعن بها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة، ويمكن المطالبة بالتعويض عن الإضرار المترتبة عليها إن كان لهذا التعويض محل "(٥).

---

(١) عدل عليا رقم (٧٨/١٠٦) مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٨، ص ٩٥٣.

(٢) قرار محكمة التمييز رقم (٨٧/٢٣٩) مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٠، ص ٨٨.

(٣) حكم محكمة العدل العليا الصادر في القضية رقم ٥٢/٢٣ والمنشور بمجلة نقابة المحامين، العدد ١، ص ٥٤، مشار إليه في كتاب قضاء الإلغاء للدكتور محمد العبادي، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٤، ص١١٢.

(٤) عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، الجزء الثاني، دمشق، دار المستقبل، ١٩٩٢، ص ٦٠٣.

(٥) الحكم الصادر في ١٩٥٦/١/١٨، القضية رقم ١١٨٠.

أما في الأردن فإننا نجد أن دستور عام ١٩٥٢ قد نص على إنشاء محكمة عدل عليا تختص بقضاء الإلغاء، لكن قانون تشكيل المحاكم النظامية تضمن إشارة أن لمحكمة التمييز ثلاث صفات، ومنها صفتها كمحكمة عدل عليا، وذلك حين تنظر المنازعات المتعلقة بطلب إلغاء القرارات الإدارية بصفة أساسية ثم صدر القانون المؤقت لمحكمة العدل العليا لعام ١٩٨٩ والذي بموجبه تم الأخذ بنظام القضاء المزدوج، ثم صدر القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢[١].

ولكن ما يلاحظ على اختصاصات محكمة العدل العليا سواء في قانون تشكيل المحاكم النظامية، أو في قانون محكمة العدل العليا لعام ١٩٨٩ أو في قانون محكمة العدل العليا الدائم رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢ وهو أنه لا يرد ضمن اختصاص هذه المحكمة المنازعات المتعلقة في العقود الإدارية.وبالرجوع للدستور الأردني نجد أن المادة (١٠٢) تنص على أن تمارس المحاكم النظامية في المملكة حق القضاء على جميع الأشخاص في جميع المواد المدنية والجزائية بما فيها الدعاوى التي تقيمها الحكومة أو تقام عليها باستثناء المواد التي قد يفوض فيها حق القضاء إلى محاكم دينية أو خاصة بموجب أحكام هذا الدستور، أو أي تشريع آخر نافذ المفعول .أما المادة الثانية من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (٢٦) لسنة ١٩٥٢ فقد نصت على: أن تمارس المحاكم النظامية في المملكة حق القضاء على جميع الأشخاص في جميع المواد المدنية والجزائية باستثناء المواد التي قد يفوض فيها حق القضاء إلى محاكم خاصة بموجب أحكام أي قانون أخر.

كما نصت المادة التاسعة من قانون محكمة العدل العليا رقم١٢ لسنة ١٩٩٢ على اختصاص هذه المحكمة ولم يرد من بينها المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وعلى ذلك فقد استمر الوضع كما كان عليه سواء في ظل قانون تشكيل المحاكم النظامية أم في ظل قانون محكمة العدل العليا لسنة ١٩٨٩، وعلى ذلك فقد إستقر اجتهاد محكمة العدل العليا الأردنية على اعتبار منازعات العقود الإدارية من اختصاص المحاكم المدنية، وهذا ما أكدت عليه في عدة أحكام حيث نصت في أحد أحكامها على: " ٠٠٠٠ لقد أنعقد اجتماع الفقه والقضاء على أن المنازعة الخاصة في انعقاد العقد، أو صحته، أو تنفيذه، أو انقضائه، أو فسخه، أو إلغاءه هي منازعة حقوقية تختص بنظرها المحاكم العادية، وإن كون مجلس الوزراء قد استند إلى أحكام قانون إدارة أملاك الدولة لا يغير من الأمر شيئاً ما دام أن حق الفسخ قد أعطي لمجلس الوزراء بموجب العقد[٢] وأيضاً حكمها الذي

(١) أنظر: د. محمد وليد العبادي ، قضاء الإلغاء ، مرجع سبق ذكره ، ص ص ٦٤، ٦٥ .

(٢) حكم محكمة العدل العليا رقم (٧٩/٤٠)، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٠، ص ٢٧٥.

أكد على:- " أن المنازعة الخاصة بصحة العقود، أو فسخها، أو إلغائها هي منازعة حقوقية تختص بنظرها المحاكم العادية"(١).

وقـد أكدت على ذلك أيضاً بقولها... أن العقود الإدارية إذا أبرمت لا يصح أن تكون محلاً للطعـن بالإلغـاء وذلك لأن قانون تشكيل المحاكم قد أورد على سبيل الحصر القرارات الإدارية والتي تخضع للطعن بالإلغاء ولم يجعل العقود الإدارية قابلة للطعن لدى محكمة العدل العليا(٢).

وبالـرغم مـن أن القضاء الإداري الأردني ليس مختصاً بالنظر في المنازعات الخاصة بالعقود الإداريـة إلا أنـه أخذ بالنظريات الحديثة في هذا المجال، وأوضح مثال على ذلك أخذه بنظرية الأعمال القابلة للانفصال عن العقد الإداري وإخضاعها إلى اختصاص القضاء الإداري باعتبارها قرارات إدارية نهائـية . ونسـتنتج من كل ذلك أن القضاء العادي في الأردن هو المختص بالنظر في منازعات العقود الإدارية، وبالرجوع إلى أحكام محكمة التمييز نجد أنها أكدت في أحكام عدة لها على اختصاصها في هذا المجال ومنها: "... أن المحاكم النظامية هي صاحبة الاختصاص للنظر في كافة المنازعات وولايتها في هذا الخصوص عامة شاملة كما نصت على ذلك المادة (١٠٢) من الدستور(٣).

ومـن هـنا نجـد أن القضاء الأردني اعترف بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية أو بنظامها القانونـي الخـاص لتعلقها بإدارة المرافق العامة ، إلا أنه أناط الاختصاص بالنظر في المنازعات المـتعلقة بهـا إلى المحاكم العادية(٤)، وقد أكدت على ذلك محكمة العدل العليا بقولها: " إنّ النزاع علـى الحقوق يعود للمحاكم العادية، ولو كان متعلقاً بعقود إدارية وذلك لأن اختصاصات محكمة العـدل العلـيا قـد وردت على سبيل الحصر، ولا تشتمل على المنازعات المتعلقة بالعقود على اخـتلاف أنواعهـا"(٥) وهو ما صرحت به محكمة التمييز بقولها:" إن فسخ العطاء من قبل البلدية ومنع المتعهد من تنفيذه بعد إبرام العقد هو فسخ للعقد ذاته، والفسخ بهذه الحالة هو تصرف عقدي، وتختص محكمة البداية بالنظر بما ينشأ عنه من التزامات على الطرفين وعليه فلا يرد الدفع المثار

---

(١) حكم محكمة العدل العليا رقم (٨١/٩٦)، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨١، ص ٢٠١٩.

(٢) حكم محكمة العدل العليا رقم (٨٢/٦)، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٢، ص ٩٥٦.

(٣) تمييز حقوق (٧٨/١٣٣)، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٨، ص ١٠١٢.

(٤) د. نواف كنعان، القانون الإداري الأردني، مرجع سبق ذكره، ص ٣١٦.

(٥) عدل عليا رقم (٧٨/١٠٦)، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٨، ص ٩٥٣.

مـــن قبل البلدية بأن فسخ العطاء هو قرار إداري يخضع للطعن أمام محكمة العدل العليا"(١). وإذا كان الأمر كذلك في الأردن فلا بد من الإشارة إلى أن عدم إدراج منازعات العقود الإدارية ضمن اختصاصـــات محكمة العدل العليا في الأردن، هو أمر منتقد لا سيما بعد استحداث محكمة إدارية متخصصـــة للنظر في القضايا الإدارية، وبعد أن أعطيت هذه المحكمة صلاحيات القضاء الشامل فيما يتعلق بالمنازعات التي تكون من اختصاصها ذلك لأن القضاء الإداري هو قضاء متخصص في نظر المنازعات الإدارية وبالتالي فهو برأينا يكون الأقدر مهنياً على النظر في هذه المنازعات بما في ذلك المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.

المطلب الثاني

التمييز بين القرار المنفصل والقرار التنفيذي للعقد الإداري

ينبغي في ضوء عملية العقد الإداري المركبة التفرقة بين نوعين من القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية في شأن العقود الإدارية:

النـــوع الأول:- القـــرارات التي تصدرها أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد وتسمى القرارات المنفصلة المستقلة، ومن هذا النوع:- القرار الصادر بطرح العمل في مناقصة، والقرار الصادر باستبعاد أحد المناقصين، والقرار الصادر بإلغاء المناقصة أو بإرسائها على شخص معين، فهي قرارات إدارية نهائية شأنها شأن أي قرار إداري نهائي(٢).

النوع الثاني:- القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية تنفيذا لعقد من العقود الإدارية واستناداً إلى نـــص من نصوصه، كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معه، أو بمصادرة مبلغ التأمين أو بإلغاء العقد ذاته، فهي قرارات يختص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات التي تثور بشأنها لا علـــى أســـاس اختصاصه بالنظر في القرارات الإدارية النهائية وإنما على أساس اعتباره مختصاً بالنظر في منازعات العقود الإدارية(٣).

---

(١) قرار محكمة التمييز رقم ٨٧/٢٣٩، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٠، ص ٨٨.

(٢) د. حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص ص ٣١٠ - ٣١١.

(٣) د. محمد وليد العبادي، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ١٩٩٨، ص ٢٩.

وقضـــت محكمـــة العـــدل العليا في أحد أحكامها أن(تتم عملية التزام رسوم الأسواق البلدية على مرحلتين: أولهما أعمال تمهيدية، وثانيهما: إبرام العقد.

- والأعمـــال التمهـــيدية تتم بقرارات إدارية تخضع من حيث الاختصاص لمحكمة العدل العليا، لا يكون لإلغائها مساس بذات العقد الذي تم على أساسها، بل يظل هذا العقد قائماً بحالته إلى أن تفصل المحكمة المدنية في المنازعة المتعلقة به [1].

أمـــا القـــرارات التي تصدر تنفيذا لشروط تعاقد وتدخل في منطقة العقد وتكون محلاً للطعن أمام القضاء العادي إذ أن القرارات الأولى إنما تصدر من جانب واحد طبقاً للنصوص العامة التي تبيح إصدارها وتتم بمعزل عن الرابطة التعاقدية) [2].

(١) عدل عليا رقم (٦٠/٠١٦)، منشور في مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٦٠، ص ٣١٣.
(٢) عدل عليا رقم (٥٥/٦٩)، منشور في مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٥٦، ص ٦.

المبحث الثاني

اختصاص دعاوى العقود الإدارية

يلاحـــظ على اختصاصات محكمة العدل العليا سواء في قانون تشكيل المحاكم النظامية، أو فـــي قانون محكمة العدل العليا لعام ١٩٨٩، أو في قانون محكمة العدل العليا الدائم رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ هـــو أنـــه لا يرد ضمن اختصاص هذه المحكمة المنازعات المتعلقة في العقود الإدارية . وبالـــرجوع للدســـتور نجد المادة (١٠٢) تنص على أن تمارس المحاكم النظامية في المملكة حق القضاء على جميع الأشخاص في المواد المدنية والجزائية بما فيها الدعاوى التي تقيمها الحكومة، أو تقام عليها باستثناء المواد التي قد يفوض فيها حق القضاء على محاكم دينية أو خاصة بموجب أحكام الدستور أو أي تشريع آخر نافذ المفعول .

ولـــتحديد اختصاصـــات دعاوى العقود الإدارية سوف نتناول الموضوع من خلال المطالب التالية:-

المطلب الأول: يتعلق بعقود الإدارة تخرج عن اختصاص قاضي الإلغاء.

المطلب الثاني: ويتعلق بدعاوى العقود الإدارية تنتمي بطبيعتها إلى القضاء العادي.

المطلب الأول

عقود الإدارة تخرج عن اختصاص قاضي الإلغاء

يخـــتص القضـــاء العـــادي بالـــنظر في منازعات عقود الإدارة التي تعتبر من قبيل العقود الإدارية، وذلك إذا لجأت الإدارة إلى أساليب القانون الخاص في اتفاقها مع الأطراف، فتكون هذه الاتفاقـــات مـــن العقود الخاصة التي اختص القضاء العادي بالنظر في منازعاتها، فعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة تخرج عن اختصاص القضاء الإداري وتخضع لولاية المحاكم العادية، ويقع تحت اختصاص القضاء الإداري القرارات القابلة للانفصال عن العقود الإدارية فحسب .

والقـــاعدة العامة أن الطعن بالإلغاء يكون ضد القرارات الإدارية وهذا يعني إغلاق الباب بالنسبة للعمليات المركبة وأولها العقود الإدارية(١).

فعقود الإدارة الإدارية تخرج عن ولاية قضاء الإلغاء ويمكن أن نستنتج ذلك من نص المادة (٥) مـــن القـــانون رقـــم (٩) لسنة ١٩٤٩م الذي حدد اختصاص القضاء الإداري المصري على أن:- " تفصـــل محكمة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام، والأشغال العامة، وعقـــود التوريد التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر في العقود، ويترتب على رفع الدعوى في هذه الحالة أمام المحكمة المذكورة عدم جواز رفعها أمام محكمة القضاء الإداري" .

وهنا تقرر محكمة العدل العليا في أحد أحكامها أن:- " الدعوى التي تنصب على الطعن في القـــرار مـــن ناحـــية تعاقدية لا تدخل في اختصاص محكمة العدل العليا بل يعود النظر فيها إلى المحاكم المدنية العادية"(٢).

فـــإذا كان القرار الإداري هو إفصاح الإدارة عن إرادتها المنفردة فيتعين استبعاد العقود من ميدان الطعن بدعوى تجاوز حدود السلطة باعتبارها التقاء لإرادتين على الأقل(٣).

فموضـــوع الـــنزاع فـــي دعوى الإلغاء هو:- (القرار الصادر من السلطة الإدارية واجب التنفيذ بسبب مخالفة تشريعية)، وهو لا يتضمن خصومه بين طرفين، أما في دعوى القضاء الكامل فموضـــوعها المنازعة في وجود مركز قانوني ذاتي يطالب به رافعها، يدعي انه صاحب حق قِبَل الأطـــراف الأخـــرى ، فالطعن بالإلغاء يوجه إلى العملية الإدارية بكافة مشتملاتها بما فيه تنفيذ القرارات(٤).

أما موضوع النزاع في دعاوى العقود الإدارية فهو (منازعة حقوقية)، إذ أن العقود هي أعمال قانونية تولد مراكز ذاتية أو شخصية (حقوق والتزامات في ذمة الطرفين) .

---

(١) أنظر: د. حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، مرجع سبق ذكره، ص ٣٠٧.

(٢) عدل عليا رقم (٧٩/٢٢)، منشور في مجلة نقابة المحامين، سنة ١٩٧٩، ص ١٦٤٦.

(٣) أنظر د. علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سبق ذكره، ص ٤٤٧.

(٤) محمد وليد العبادي، الاختصاص القضائي في منازعات العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ص ٢٨-٣٢.

فــإذا كــان هناك العديد من الإجراءات القابلة للانفصال عن العملية العقدية فيملك الأفراد مخاصمة مشروعيتها بتجاوز حدود السلطة لدى القضاء الإداري،لكنهم لا يملكون الاستناد لمخالفة أحكام العقد المبرم بل يتعين عليهم الاستناد لمخالفة مبدأ (المشروعية) وإثارة أسباب قانونية بحتة.

فالقاضـــي فـــي مـــنازعات العقود الإدارية يتمتع بسلطات واسعة وهو قد يحكم بفسخ العقد أو الحكم بالتعويض أو تعديل بعض الأعمال، لذا فإنّ منازعات العقود الإدارية تنتمي إلى القضاء الكامل .

ويرى جانب من الفقه، أنه يلزم لفصل القرار الخاص بالعملية العقدية والطعن فيه ألا يكون العقد قد اصبح نهائياً قبل صدور الحكم بالإلغاء، فالطعن بتجاوز السلطة غير مقبول إلا ضد قرارات الإدارة الصادرة عنها بصفتها المنفردة، ففكرة الطعن بتجاوز السلطة هي جزاء المشروعية، ولا يمكن مماثلة الالتزام الشخصي الذي ينبع عن العقد لعنصر المشروعية(١).

المطلب الثاني

دعاوى العقود الإدارية تنتمي بطبيعتها إلى القضاء الكامل

يتمتع القاضي في منازعات العقود الإدارية بسلطات واسعة حسب طلبات الدعوى، حيث يدخل في ولاية القضاء الإداري الدعوى التي تستهدف بطلان العقد، أو الحصول على مبالغ مالية في صورة ثمن، أو أجر متفق علية في العقد، أو تعويض عن أضرار سببها أطراف التعاقد، أو دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة عن الإدارة على خلاف الالتزامات التعاقدية، وهذه الدعوى توجه ضد قــرارات إداريـــة تنفيذية للعقد، ولئن كانت القرارات الأخيرة تعد قرارات إدارية، إلا أن الدعوى المتصـــلة بها إنما تنتمي إلى دعاوى العقود الإدارية، فهي منازعات حقوقية تعرض على قاضي العقـــد وتكـــون محلاً للطعن على أساس استدعاء ولاية القضاء الكامل، ولا تتقيد الدعوى في هذه الحالة بقواعد وإجراءات ومواعيد دعوى الإلغاء وقد تستهدف الدعوى فسخ العقد(٢).

---

(١) عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٦٠٣.

(٢) سـليمان محمـد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، ١٩٧٦، ص ص ٢٥٣-٢٥٧، وكذلك سامي جمال الدين، المنازعات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٢، ص ١٤٣.

فالقضـــاء الكـــامل هـــو الأصل فيما يتعلق بالمنازعات التي تترتب على العقود الإدارية، فدعوى الإلغاء لا يمكن أن توجه إلى العقود الإدارية، ذلك أن من شروط قبولها أن توجه إلى قرار إداري، لأن العقد هو توافق إرادتين بينما القرار هو تعبير عن إرادة الإدارة بمفردها .

وطعون المتعاقدين تبنى فيها أسباب الطعن على بنود العقد وشروطه وتمثل المجال الطبيعي لولاية قاضي العقد، ويترتب على ذلك عدم إمكان الغير – الأجنبي عن العقد – الطعن في القرارات التي تصـــدرها الإدارة في منطقة العقد وبعد تنفيذه حتى لو تأثرت مراكزهم القانونية وذلك يرجع إلى سببين:-

٠١ اقتصار آثار العقود على اطرافها ، مما يمنع الأجنبي من استخدام دعوى العقد .

٠٢ لا يجـــوز الطعن بالإلغاء في القرارات التي تصدرها الإدارة في هذا المجال استناداً إلى عدم المشروعية، والذي يجيز إلغاء القرار، فلا يمكن أن يسند إلى مخالفة الإدارة للالتزامات التعاقدية، فالقـــرارات المتعلقة بذلك تتخذها الإدارة بناء على حقوقها المستمدة من العقد، وهذه حقوق مولدة لالتزامات شخصية بينما دعوى الإلغاء هي جزاء لمبدأ (المشروعية).

لـــذا فإنّ إبطال العقد لا يمكن أن يصل إليه إلا أحد أطرافه، لأنه ليس لغير الطرفين المتعاقدين أن يـــرفع دعوى تستند إلى العقد، ويترتب على ذلك غلق باب التقاضي أمام الغير الأجنبي عن العقد، وحيث لا يجوز له أن يستخدم دعوى العقد بحجة نسبية آثاره، كما لا يقبل منه الطعن بالإلغاء في القـــرارات الإداريـــة التي تسهم في تكوين العقد، أو تدخل في تنفيذه استناداً إلى الأعمال المركبة (نظـــرية الإدماج) التي تبناها مجلس الدولة الفرنسي – في مرحلة سابقة – حيث أصبحت العقود عملية قانونية تتكون من إجراءات وأعمال متعددة تمثل كلاً لا يتجزأ بحيث تفقد القرارات الإدارية التي تدخل في تكوينها لذاتيتها وتتحول إلى عنصر من عناصرها لا يجوز الطعن فيه استقلالاً .

وبهذه النظرية أصبح مبدأ (المشروعية) بالنسبة للغير بلا حماية رغم ما قد يتوفر في حقهم من مصلحة مؤكدة في إلغاء بعض القرارات المتعلقة بالعقد .

لـــذا فقـــد استجاب مجلس الدولة الفرنسي لموقف الفقه وعدل عن قضاءه السابق مستحدثاً نظرية (الأعمال الإدارية المنفصلة)(١).

---

(١) د. محمد وليد العبادي، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص٢٧-٢٨.

إذ يجب التفرقة بين العقد ذاته، والقرارات الإدارية التي ينبني عليها انعقاده،فالأخيرة تعتبر مستقلة عن العقد، يجوز الطعن فيها بالإلغاء، وبالتالي أجاز القضاء فصل القرارات المتعلقة بالعقد والطعن فيها على الاستقلال(١).

(١) د. محمد وليد العبادي، قضاء الإلغاء، مرجع سبق ذكره، ص ١١٧.

المبحث الثالث

الاتجاهات الفقهية وتطبيقاتها في نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية

القـــاعدة العامـــة بأن العملية القانونية بكافة محتوياتها تكون بنيانا واحداً أو كتلة متماسكة تدخـــل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري على حسب الأحوال، هذا هو المنهج التركيبي الـــذي يقضـــي بأن كافة المنازعات التي تنتمي لعملية قانونية واحدة تخضع لاختصاص قاضٍ واحد، أياً كانت صفة الأعمال مثار النزاع.

وكل العمليات القانونية تتضمن قرارات إدارية واجبة التنفيذ تصبح محلاً لدعوى الإلغاء، فيثور التساؤل حول اختصاص الإلغاء إذا طعن في قرار داخل في بنيان عملية قانونية.

وعليه سنتناول هذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب كما يلي:-

المطلب الأول:- الاتجاهات الفقهية في نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية.

المطلب الثاني:- نظرية القرارات القابلة للانفصال في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية.

المطلب الثالث:- تطبيقات على نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية.

المطلب الأول

الاتجاهات الفقهية في نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية.

هـــناك اتجاهـــان فقهيان بارزان في نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية سنتناولهما في فرعين إثنين:

الفرع الأول: الاتجاه القائل بعدم قبول الطّعن بالإلغاء على القرارات المنفصلة.

الفرع الثاني: الاتجاه القائل بالأخذ بنظرية القرارات القابلة للانفصال

الفرع الأول

الاتجاه القائل بعدم قبول الطعن بالإلغاء على القرارات المنفصلة

بنـــي هذا الاتجاه القائل بعدم قبول الطعن بالإلغاء على القرارات المنفصلة في مجال العقود على أساسين رئيسيين:-

أولاً:- الدفع بوجود الدعوى الموازية:-

مفـــاد هذا الدفع أنّ الطعن بالإلغاء لا يقبل إذا وجد طريق قضائي آخر للطعن أو أي دعوى قضـــائية موازية تؤدي إلى نفس نتائج دعوى الإلغاء، حيث تعتبر الأخيرة دعوى احتياطية لا يتم اللجـــوء إلـــيها إلا عـــندما لا يمكن الالتجاء إلى طريق طعن آخر، او لا تحقق الدعوى الموازية للطاعن كل ما تحققه له دعوى الإلغاء من مزايا(١).

ففي حالة طعون المتعاقدين يتم الالتجاء إلى قاضي العقد حيث يطالب المتعاقد بإبطال العقد اســـتناداً إلـــى بطلان القرارات المبني عليها، وهنا يكون الطعن في مشروعية هذه القرارات من المســـائل الأولـــية التي يتعين على قاضي العقد أن يوقف النظر في الدعوى وإحالتها إلى مجلس الدولـــة لينظر في مدى شرعية هذه القرارات، ثم يستأنف العقد ليفصل فيها على هدى حكم مجلس الدولة ؛

ثانياً:- احترام الحقوق المكتسبة:-

ومـــؤدى فكـــرة احترام الحقوق المكتسبة أن العقد لمجرد إبرامه وصيرورته نهائياً لا يمكن الطعن بالإلغاء في أي قرار ساهم في تكوينه ويتداخل في بنيانه .

فالعملية يتولد عنها حقوق مكتسبة للطرفين وإلغاء أي قرار مرتبط به يتضمن المساس بهذه الحقوق .

فقـــرارات التصـــديق على إبرام العقود تكتسب الطابع النهائي بمجرد إبرام العقد الذي يولد حقوق مكتسبة .

---

(١) د. محمد وليد العبادي، قضاء الإلغاء، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ١٨١.

فهذه القرارات تتحصن في مواجهة الإدارة، وفي مواجهة القضاء الإداري فلا تملك السلطة الإدارية سحبها، ولا يقبل القضاء الطعن فيها بالإلغاء، حيث تندمج هذه القرارات مع العملية القانونية وتكون وحدة لا تقبل التجزئة ويصبح المساس بالقرارات مساساً بالعملية القانونية وما تولد عنها من حقوق(١).

الفرع الثاني

الاتجاه القائل بالأخذ بنظرية القرارات القابلة للانفصال

تستند (فكرة القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية) إلى عدة حجج يمكن قراءتها من خلال الرد على الانتقادات الموجهة لهذه النظرية .

مبررات الأخذ بنظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال:-

أولاً:- انتفاء فكرة المساس بالحقوق المكتسبة:-

كانت حجة عدم الأخذ بهذه النظرية ؛ هو أن فصل القرارات عن العملية التعاقدية يشكل مساس بالحقوق المتولدة عن العقد، ولكن يرد على ذلك بالقول بعدم تأثر الحقوق الشخصية المستمدة من العقد بإلغاء القرارات التي بني عليها لأن إلغاء القرار الإداري من قبل قاضي الإلغاء، لا يؤدي إلى سقوط العقد الذي بني على هذا القرار، حيث يظل العقد قائماً ومنتجاً لآثاره حتى ينظر قاضي العقد فيه ويحكم بإبطاله(٢).

ثانياً:- المعنى الحقيقي للدفع بوجود الدعوى الموازية:-

وهذا الدفع يترتب عليه عدم قبول الطعن بالإلغاء ما دامت توجد دعوى أخرى يمكن اللجوء إليها وهي دعوى القضاء الكامل(٣).

وسابقاً كان ينظر إلى دعوى الإلغاء على أنها وسيلة احتياطية لا يلجأ إليها إلا إذا كان أغلقت السبل الأخرى، أما الآن فأن دعوى الإلغاء هي دعوى الشرعية العامة، لذا فلا يصلح الدفع بوجود طريق الطعن المقابل لتبرير عدم القبول بالإلغاء المقدم من غير أطراف العقد، إذ أن الغير

---

(١) نواف كنعان، اتخاذ القرارات الإدارية، الطبعة الرابعة، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٤، ص ١٢٣.

(٢) د. عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٥.

(٣) د. محمد العبادي، القضاء الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٤.

لا يملــك الالتجاء إلى قاضي العقد، فإذا أغلق أمامه باب الطعن بالإلغاء كذلك، فإنه سيفقد حقه في الالتجاء إلى القضاء بصفة عامة[١].

وكذلك فإنّ لأطراف العقد مصلحة جدية في الالتجاء إلى قاضي الإلغاء بدلاً من الالتجاء إلى قاضي العقد، وفي حالة اللجوء إلى قاضي العقد يقوم فكرة المسائل الأولية للنظر في القرارات .

وكذلــك لا يصلح الدفع بوجود الدعوى الموازية لتبرير عدم قبول الطعن من أطراف العقد لأن الغير لا يملك حق الالتجاء إلى قاضي العقد أساساً .

وهذا الدفع بوجود الدعوى الموازية يشترط لإمكان التمسك به عدة شروط هي:- [٢]

١. أن يكــون لدى المدعي دعوى حقيقية لإبطال القرار لا مجرد دفع، أي أن يكون له أن يبدأ برفع دعوى ضد القرار الذي ينازع في شرعيته .
٢. أن يكون الطعن الموازي هو دعوى قضائية لا مجرد طعن إداري[٣].
٣. أن تــؤدي الدعــوى المقابلة إلى تعطيل القرار محل الطعن، فلا يكفي أن تؤدي إلى مجرد الحكم بالتعويض على آثاره الضارة[٤].

لــذا يبقى الدفع بوجود الدعوى الموازية في حالة الطعون المقدمة من أطراف العقد، ومؤدى ذلك أنــه لا تقبل دعوى الإلغاء ما دامت توجد دعوى أخرى يمكن أن تحقق النتائج، فلما كان المتعاقد مع الإدارة يملك وسيلة القضاء الكامل أمام قاضي العقد، فإن طرقه لباب الإلغاء سوف يواجه بدفع وجود الدعوى الموازية[٥].

إلا أن قضـــاء مجلس الدولة الفرنسي سمح للمتعاقد بالالتجاء إلى دعوى الإلغاء استناداً إلى نظرية الأعمال المنفصلة، واعتبر المتعاقد وكأنه من الغير بالنسبة للقرار المنفصل المطعون فيه، وأستند مجلــس الدولــة الفرنســي والفقه المؤيد له إلى سهولة إجراءات دعوى الإلغاء وضآلة رسومها القضائية وعدم استلزام توكيل محام خلافاً لدعوى التعويض ، وكذلك عدم وجود دعوى قضائيـــة

---

(١) د. عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٥.
(٢) د. محمد العبادي، قضاء الإلغاء، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٨.
(٣) د. محمود حافظ، القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص ص ٨٠-٨١.
(٤) د. محمد العبادي، قضاء الإلغاء، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٨.
(٥) د. عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٥-١٧٧.

لهـا نفس النتائج القانونية المترتبة على دعوى الإلغاء، فالحكم الصادر في دعوى الإلغاء له حجية مطلقـة قِـبل الكافة حيث يعدم آثار القرار الإداري بينما أثر الحكم الصادر من قاضي العقد نسبياً مقصوراً على الخصوم والموضوع الذي صدر فيه[١].

لكـل ذلك استحدثت نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، فإذا كانت العملية الإدارية المركبة مـن اختصاص جهات قضائية وكانت مع ذلك تحتوي قرارات إدارية متكاملة العناصر، فأن على الخصوم أن يتقدموا بطلب إلغائها دون أن يكون في ذلك افتئات على اختصاص الجهات القضائية الأخرى التي سيكون لها حق تقرير مصير العملية المركبة عند إتمامها .

وقـد تقَـبلَ القضـاء الإداري المصري عملية فصل القرارات الإدارية النهائية عن العملية المركـبة، عقدية كانت أم غير عقدية. وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة المصري بقوله: " أنه مما يجب التنبيه إليه أن من بين العمليات التي تباشرها الإدارة ما قد يكون مركباً له جانبان:- إحداهما تعـاقدي بحيث تختص به المحكمة المدنية والآخر إداري يجب أن تسير فيه الإدارة على مقتضى النظام الإداري المقرر لذلك، فتصدر بهذا الخصوص القرارات من جانب واحد تتوافق فيها جميع خصـائص القـرارات الإداريـة وتتصل بالعقد من ناحية الإذن به أو إبرامه أو اعتماده فتختص محكمـة القضـاء الإداري بإلغاء هذه القرارات إذا وقعت مخالفة للقوانين واللوائح، وذلك دون أن يكـون لإلغائها مساس بذات العقد الذي يظل قائماً بحالة إلى أن تفصل المحكمة المدنية بالمنازعة المتعلقة به"[٢].

أي أن هـناك قـرارات تصدرها الجهة الإدارية في شأن العقود الإدارية وأثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد وتسمى (القرارات المنفصلة المستقلة)، ومثالها القرار الصادر بطرح العمل في مناقصة أو بإرسائها على شخص معين، فهذه قرارات إدارية نهائية وتطبق عليها الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية[٣].

---

(١) د. عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٧-١٧٨.

(٢) حكـم مجلـس الدولـة المصـري الصادر في ١٩٤٧/١١/٢٥ أشار إليه د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، مرجع سبق ذكره، ص ص ٢٠٩-٢١٠.

(٣) د. حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، مرجع سبق ذكره، ص ٣١١.

المطلب الثاني

نظرية القرارات القابلة للانفصال في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية

كما أشرنا فيما سبق أن محكمة العدل العليا الأردنية ليست مختصة بالنظر في منازعات العقود الإدارية في ظل تشريعاتها المختلفة، ولذا تعد المحاكم النظامية هي صاحبة الولاية العامة بنظر المنازعات القضائية التي لا تختص بها محكمة العدل العليا ومنها منازعات العقود الإدارية(١).

وهذا ما أكدت عليه محكمة العدل العليا بقولها:-

"القرار الصادر عن مجلس الوزراء المتضمن إلغاء عقد الإيجار لقطعة من أراضي الدولة وإعادة الأرض للدولة حيث أن المستأجرين لا يقوموا بتنفيذ عقد الإيجار هو قرار صادر باعتبار مجلس الوزراء فريقاً متعاقداً وإعمالاً لشروط العقد ويكون النزاع في حقيقته نزاع مدني يدخل في نطاق العقد، وأن المنازعة الخاصة بصحة العقود أو فسخها أو إلغاءها هي منازعة حقيقية تختص بنظرها المحاكم العادية"(٢).

وفي حكم آخر لها أكدت على أن :- " عملية الشراء بطريق التلزيم هي عملية تعاقدية لا تختص محكمة العدل العليا بالنظر في الطعون المتعلقة بها"(٣).

ولكن القضاء الإداري الأردني يحاول أن يمد اختصاصه إلى بعض عناصر العملية العقدية التي تكون الإدارة أحد أطرافها، وذلك إذا كانت هذه العناصر تكون قرارات إدارية في مفهوم دعوى الإلغاء، حيث أن محكمة العدل العليا مختصة بالنظر في طعون الأفراد في القرارات الإدارية، حيث يتعين أن يكون العمل القانوني القابل للطعن بدعوى تجاوز حدود السلطة لدى محكمة العدل قراراً إدارياً(٤). فقضاء محكمة العدل العليا يتجه إلى فصل القرارات السابقة على

---

(١) أنظر د. علي خطار شطناوي، دراسات في العقود الإدارية، مركز القمة للطباعة والكمبيوتر، عمان، ١٩٩٧، ص ١٠٩.

(٢) عدل عليا رقم (٨١/٦٩)، منشور في مجلة نقابة المحامين، سنة ١٩٨١، ص ٢٠١٩.

(٣) عدل عليا رقم (٧٩/٤٠)، منشور في مجلة نقابة المحامين، سنة ١٩٨٠، ص ٢٧٥.

(٤) د. علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، مرجع سبق ذكره، ص ٣٩٨.

العملـية العقدية . وهذا ما قضت به المحكمة بقولها أن:- " من المتفق عليه أن القرار الإداري إذا مـا كـان مندمجاً في عملية مركبة، فإنّ قواعد الاختصاص العادية تسمح لمحكمة العدل العليا أن تفصـل في القرار الإداري من هذه العملية المركبة وإخضاعه لقضاء الإلغاء على أن تترك باقي الحق المدني للجهة القضائية المختصة"(١).

أي أن محكمـة العـدل العليا قد بسطت سلطات دعوى الإلغاء على هذه القرارات في ظل تشـريعات لا تعطـيها ولايـة الفصـل في منازعات العقود، بناء على نظرية القرارات الإدارية المنفصلة(٢).

وبـناء علـى نظرية القرارات الإدارية المنفصلة يوزع الاختصاص بنظر منازعات العقود الإداريـة بين محكمة العدل العليا والقضاء النظامي، فالمحاكم النظامية هي المختصة بنظر العقود الإدارية، ومحكمة العدل العليا هي المختصة بنظر منازعات الإجراءات القابلة للانفصال(٣).

المطلب الثالث

تطبيقات على نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية

إن المجال الخصب لفكرة نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية هي المراحل التمهيدية التي يمر بها العقد الإداري قبل صيرورته نهائياً وهذا ما سنلاحظه من خلال التطبيقات الآتية:-

أولاً:- القرارات الصادرة في المناقصات والمزايدات:-

تـتخذ الإدارة عندما تتعاقد بإسلوب المناقصات أو المزايدات سلسلة من الإجراءات تشمل الإعلان عـن المناقصة أو المزايدة وفحص العطاءات وإرساء المناقصة أو المزايدة على متنافس دون آخر، وبعد ذلـك يتم إبرام العقد . وفي سبيل ذلك تصدر الإدارة العديد من القرارات الصادرة عن إرادتها المنفردة، وهـي جمـيعها تدخل في العملية التعاقدية وتعد جزء من بنيانها، وذلك لعدم تصور وجود هذه القرارات والإجراءات إلا لتحقيق العملية العقدية، والرابطة هنا هي رابطة تلازم حتمي.

(١) عدل عليا رقم (٨١/٥٣)، منشور في مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٨٢، ص ١٧٨.

(٢) أعاد علي القيسي، القضاء الإداري، دار وائل للنشر – عمان، ط١، ١٩٩٩، ص ١٥٦.

(٣) علي خطار شطناوي، دراسات في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١١٠.

والقاعدة هي إمكانية فصل القرارات الصادرة بشأن المناقصات والمزايدات، ولكن القضاء لا يقـبل الطعـن بالإلغـاء فـي القرارات التمهيدية والتحضيرية ومثالها:- إجراءات الإعلان عن المناقصـات والمزايدات، وفتح المظاريف، ونماذج المناقصات والمزايدات . ولا يرجع عدم قبول الطعـن فـيها إلى أن هذه القرارات لا تقبل الانفصال عن العملية العقدية، ولكن لأن القرار الذي يطعـن فيه يجب أن يكون نهائياً، ولكن مع ذلك فإنّ عدم مشروعية هذه الأعمال التمهيدية للقانون ممكـن أن يكـون سـبب للطعن في القرارات النهائية بإبرام العقد لأنه مبنى على إجراءات غير مشروعة(١). وتطبيقاً لهذا فقد قضت محكمة العدل العليا:-

" يقبل الطعن بإلغاء القرار الإداري النهائي الذي لا يحتاج إلى تصديق أي جهة أخرى عليه، ولـيس مـن ذلك قرار إعادة طرح العطاء واستدراج العروض موضوع الدعوى باعتبارها أحد الإجـراءات التمهيدية التي تنتهي بقرار الإحالة والتصديق من الجهة المختصة وفقاً لأحكام نظام اللوازم رقم ٣٢لسنة ١٩٩٣ والتعليمات الصادرة بموجبه"(٢).

ثانياً:- القرارات السابقة على إبرام العقد:-

تصدر الإدارة العديد من القرارات الممهدة لإبرام العقد وهي تسمى القرارات المدّعمة للعقد ويقـبل فصل هذه القرارات عن العملية العقدية.. ويجب التفرقة بين العقد ذاته أو بعبارة أدق بين الـرباط الـتعاقدي وبيـن القرارات الإدارية التي يتوقف عليها انعقاده إذ أن هذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقد ويجوز الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً في المواعيد والشروط العامة المقررة بالنسبة إلى الطعن بالإلغاء(٣). ومن تطبيقات هذه القرارات الممهدة لإبرام العقد القرار الصادر بالترخيص بإبـرام العقد وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية حيث أكدت أن : " التعاقد بالطريق المباشر هو قراراً إدارياً من حيث كونه إذناً بالتعاقد"(٤).

---

(١) د. عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٠.

(٢) عدل عليا رقم (٩٥/٣٦٤)، منشور في مجلة نقابة المحامين، سنة ١٩٩٧، ص ٦٨٢.

(٣) محكمـة القضـاء الإداري المصـرية في ١٩٦٣/٣/٢١ قضية رقم ٣٢٩ لسنة ١٤، مجموعة القضاء الإداري، ص ١٨٨.

(٤) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ص ٣٠٧-٣٠٨.

ومنها كذلك قرارات المجلس المحلي باللجوء إلى أسلوب العقد لتنفيذ مهماتها ومسؤولياتها، وقرارات الموافقة على التعاقد(١).

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن عدم الإعلان عن مناقصة أو مخالفة المواعيد أو نماذج المناقصات أو المزايدات، تعد عيوبا جوهرية تستوجب بطلان المناقصة، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي رفض قبول الطعن بالإلغاء على أساس فكرة القرار الإداري المنفصل في إجراءات الإعلان ولم يكن مرجع ذلك أن هذه الإجراءات لا تقبل الانفصال في إجراءات الإعلان بينما يشترط لقبول الطعن أن يكون القرار الإداري نهائي(٢).

كما أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية على ذلك بقولها:- " إن التعاقد بالطريق المباشر يعتبر قراراً إدارياً من حيث كونه إذناً بالتعاقد، والقرار الصادر بإبرام العقد يعد من غير شك قراراً إدارياً، وهو بهذه المثابة كالقرار الصادر بإرساء المناقصة أو المزايدة من حيث انفصاله عن العملية العقدية ذاتها، ومن ثم يكون الطعن في القرار السابق بإبرام العقد أمراً جائزاً قانوناً، لأن إبرام العقد والمراحل السابقة عليه تعتبر قرارات إدارية تسند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة، أمّا القرارات اللاحقة لإبرام العقد فإنها تكون مسندة إلى السلطة العقدية، ويراعى في هذه القرارات أنها جميعا تصدر أثناء تنفيذ العقد، وهذه وحدها هي التي تدخل في منطقة النزاع العقدي ولا يرد عليها طلب الإلغاء(٣).

ثالثاً:- الاعتماد المالي:

لا تستطيع الإدارة التعاقد دون الاعتماد المالي، ومخالفة شرط الاعتماد المالي لا يمس بصحة العقود الإدارية وسلامتها ولا يترتب عليه بطلان التصرف الإداري، ويكون ملزماً لأطرافه رغم أن عدم وجود اعتماد مالي يؤدي إلى نتيجة عملية وهي استحالة تنفيذ التزامات الإدارة المالية في مواجهة المتعاقد، فمثل هذه المخالفات لا تمس صحة العقد ولا نفاذه، ويمكن للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بفسخ العقد والتعويضات المناسبة إذا أثبت أن ضرراً قد لحق به من جراء ذلك .لذا فعلى الإدارة قبل أن تتعاقد أن تتأكد من وجود الاعتماد المالي للإنفاق على متطلبات العقد، وبما أنه من المسلم به أن القانون المالي مستقل بقواعده عن القانون الإداري، ويترتب على ذلك أن جزاء

---

(١) علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سبق ذكره، ص ٤٤٨.

(٢) عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٠.

(٣) محكمة القضاء الإداري قضية رقم ٣٢٩ بتاريخ ١٩٦٣/٣/٢١، المجموعة ٥، ص ١٨٨، أشار إليه د. حمدي عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، مرجع سبق ذكره، ص ٣١٠.

مخالفــة القــانون المالي ينحصر تطبيقها بنطاق تلك القواعد، أي أن الاعتماد المالي لا يؤثر في صحته أو عدم صحته تأثيراً مباشراً على صحة أو عدم صحة العقود الإدارية، وبالتالي فإن تعاقد الإدارة رغــم عــدم وجود الاعتماد المالي الذي يغطي التزاماتها التعاقدية، لا تأثير له على صحة العقــد أو الناحــية القانونية ومن ثم فان العقد يكون سليماً وملزماً للإدارة(١). ومن هنا جاء تأكيد المحكمة الإدارية العليا المصرية على ذلك بقولها :-

" إنّ الثابــت فــي فقه القانون الإداري أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير كعقد الأشغال العامــة، أو الــتوريد ينعقد صحيحاً وينتج آثاره ولو لم يكن البرلمان قد إعتمد المبلغ اللازم لهذه الأشــغال، أو جاوزت الإدارة حدود الاعتماد فمثل هذه المخالفات لو وجدت من جانب هذه الإدارة لا تمــس صــحة العقــد " وعلة ذلك ظاهرة وهي أن العقود التي تبرمها الإدارة مع الغير تنشيء روابــط فــردية ذاتــية وليس تنظيميه عامة، فيجب عندئذ حماية هذا الفرد، وعدم زعزعة الثقة بــالإدارة، فليس في مقدور الفرد الذي يتعاقد مع الإدارة أن يعلم مسبقاً بوجود الاعتماد المالي أو عــدم وجــوده "، وما إذا كان يسمح بإبرام العقد أو لا يسمح، وما إذا كان العقد في حدود الغرض المخصص له الاعتماد أو ليس في حدود الغرض،فكل أولئك الدقائق التي يتعذر على الفرد العادي، بل الحريص، التعرف عليها ولو جعل صحة العقود الإدارية أو نفاذها رهناً بذلك، لما جازف أحد بالتعاقد مع الإدارة، ولتعطل سير المرفق العام(٢).

رابعاً:- الإذن القانوني / التصريح بالتعاقد:

يعطــي المشرع للجهات الإدارية مباشرة نشاطاتها وتحديد اختصاصاتها ومن ضمنها إبرام العقود الإدارية .

فالحصــول علــى التصريح بالتعاقد مثلاً هو أمر ضروري لقيام الرابطة التعاقدية من بعد، وهو من قواعد الاختصاص أي من النظام العام(٣)، فلا يستطيع المتعاقد مع الإدارة التمسك بالعقد بمواجهة الإدارة حيث يعتبر العقد معدوماً من الناحية القانونية، ولكن له أن يطالب بالتعويض عما

(١) أنظر، د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سبق ذكره، ص ص ٣٣٧-٣٣٨.

(٢) حكــم صــادر في ١١ فبراير ١٩٥٦، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة الأولى، ص ٦٩٨، أشار إليه د. سـليمان الطمــاوي، الأســس العامة للعقود الإدارية، ط٥، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣٩، وكذلك د. إبراهيم الفياض، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٧.

(٣) أنظر د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٤٢.

لحقـه من ضرر لا على أساس الرابطة العقدية، بل على أساس الخطأ التقصيري المتمثل في عدم الحصـول علـى الإذن أو على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب إذا استطاع أن يثبت أن الإدارة قد استفادت من تلك العملية على حسابه(١).

فقد يسبق التعاقد ضرورة حصول الإدارة على إذن بالتعاقد من جهة يحددها القانون، ويعتبر هـذا الشرط ضروريا لقيام الرابطة التعاقدية، ويجمع الفقه والقضاء على أن هذه القواعد الخاصة بضـرورة الحصـول علـى إذن هي من النظام العام تؤدي مخالفته إلى بطلان العقد:- "إنّ تعاقد الإدارة على استغلال موارد الثروة بدون إذنٍ سابق يجعل العقد الإداري باطلاً بطلاناً مطلقاً لتخلف شـرط جوهري يغدو معه العقد عديم الأثر"(٢). وهناك إجراءات شكلية تختص بالسلطة المختصة بالـتعاقد بإبـرام العقـود الإدارية لا يملكها إلا جهات إدارية محددة قانوناً:- " فإذا كانت السلطة التشـريعية وهي سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية لم تعبر عن إرادتها، فإن إرادة الدولة لا تكون حينئذ معيبة فحسب وإنما تكون منعدمة إطلاقاً.

أمـا إذا طعـن بالإلغاء في قرار خاص بالعملية العقدية فأنه يلزم حتى نفصله عن العملية الطعن فيه استقلالاً، وألا يكون العقد قد اصبح نهائياً قبل صدور الحكم بالإلغاء .

خامساً:- القرار الصادر برفض إبرام العقد

للإدارة سلطة تقديرية فيما إذا كانت تقوم بإبرام عقد أو عدم إبرامه، فلها أن تختار الزمان والظرف المناسب لذلك، أما إذا كانت الإدارة ملزمة بإبرام العقد، ففي هذه الحالة إذا صدر قرار بإبـرام العقـد يصـبح الامتناع عن تنفيذ هذا القرار قراراً سلبيا غير مشروع يجوز الطعن فيه بالإلغـاء، فـإذا كانت الإدارة ملزمة بإرساء العطاء على المتقدم بأفضل العروض إلا أنها ليست ملزمة على التعاقد معه، فالرابطة العقدية لا تتم إلا بعد التصديق على قرار الإرساء من قبل الجهة التـي تملـك إبـرامه، لـذا يعتبر قرارها برفض التعاقد من القرارات الإدارية التي تقبل الطعن بالإلغاء(٣).

---

(١) أنظر د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٤٤.

(٢) فـتوى قسم الرأي رقم ١٦٢ في ١٨/٥/١٩٥٠، أشار إليها د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، مرجع سبق ذكره، ص ٣٤٣.

(٣) أنظر، د. عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٥.

ويلحق بقرارات رفض إبرام العقد رفض الإدارة التعاقد بإسلوب معين والالتجاء إلى أسلوب آخر، وقــرارات رفض الالتجاء إلى أسلوب المناقصات أو المزايدات، ومن تطبيقات ذلك قبول الطعن بالإلغاء على قرار رفض التعاقد بطريقة الممارسة في بيع أملاك الأميري الحرة والالتجاء إلى أسلوب المزايدة[١].

فالقــانون يحدد للإدارة أساليب معينة لإبرام العقود الإدارية، فقد يلزمها القانون الالتجاء إلى أســلوب المناقصات أو المزايدات في حالات معينة، ولذلك فإن عدم إستخدام هذا الأسلوب عندما يلزمه القانون باتباعه، يعد قراراً إدارياً يجوز الطعن فيه بالإلغاء .

فــإذا أصـــدرت الإدارة قراراً ترفض فيه الالتجاء إلى أسلوب المناقصة مثلاً ولكن لم يتبعه إبــرام عقــداً ما، هنا لا نكون بصدد قرار منفصل عن عملية عقدية، فالفرض إنه لا توجد عملية أساساً، و نكون هنا إزاء قرار إداري مستقل .

أمـــا إذا لجأت الإدارة إلى إتباع أسلوب آخر غير ما حدده لها القانون، كأن تلجأ إلى أسلوب التفاوض المباشر رغم أن القانون يلزمها بالتعاقد عن طريق المناقصة، هنا يجوز الطعن في القرار بالتعاقد بطريق التفاوض المباشر.

فتصـــرفات الإدارة بغــير طــريق المناقصـــات في الأحوال التي يفرض فيها المشرع هذا الأسلوب تعتبر باطلة[٢].

سادساً:- القرارات المتعلقة بالمدة القانونية التي حددها القانون لتقديم العطاءات

يعتــبر رفض قبول عطاءات الأفراد التي تقدم من خلال المدد قراراً إدارياً يمكن الطعن فيه بالإلغاء، وتطبيقاً لذلك قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن المقدم من المقاولين الذين استبعدو نتيجة أخطاء في الإعلان[٣].

---

(١) محكمــة القضـــاء الإداري المصرية في ١٩٥١/٥/٢٩ قضية رقم ٥٥٥، لسنة ٢ق، مجموعة القضاء الإداري، السنة ٥، ص ١٦٧، أشــار إليه د. عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، الجزء الأول، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٨.

(٢) أنظــر د. عــبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، الجزء الأول، مرجع سبق ذكره، ص ١١٠. وكذلــك د. عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٨٨.

(٣) أنظــر د. عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ص ٢٥٠-٢٥١.

سابعاً:- قرارات لجنة فتح المظاريف

تعد قرارات لجنة فتح المظاريف قرارات تمهيدية لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء، غير أن هذه اللجـنة تملـك سـلطة إصـدار قرارات إدارية نهائية في حالة استبدال العطاءات غير المستوفية للشروط، وهذه القرارات يمكن الطعن فيها بالإلغاء .

ثامناً:- قرارات لجنة البت

تصـدر هـذه اللجنة العديد من القرارات الإدارية التي يجوز الطعن فيها بالإلغاء، وأهمها قـرارها بإرساء المناقصة، ويقبل القضاء الطعن بالإلغاء المقدم من أصحاب العطاءات المرفوضة ضد قرارات رسو المناقصة على أصحاب عطاءات أخرى حيث يفصل القضاء القرارات القاضية برسو المناقصة أو المزايدة عن العملية العقدية(١).

وقبلت المحكمة الإدارية العليا الطعن بالإلغاء ضد القرار الصادر بإرساء عملية توريد على شركة الإعلانات المصرية ورفض عطاء المدعي(٢).

تاسعاً: إجراءات تنفيذ العقد

تـندرج إجـراءات تنفـيذ العقـد ضـمن دائرة العملية العقدية نفسها، فلا يجوز مخاصمة مشـروعيتها بدعـوى تجاوز حدود السلطة، ومثلها الشروط المالية الواردة بالعقد والعقوبات التي تملـك الإدارة المـتعاقدة إيقاعهـا علـى المتعاقد والإجراءات الإدارية المتعلقة بتعرفه الأسعار والقـرارات الصادرة بإيقاع عقوبة على المتعاقد . وكذلك إجراءات تنفيذ العقد تندرج ضمن دائرة العقـد(٣). وإجراءات فسخ العقد غير قابلة للانفصال عن العملية العقدية سواء فسخ عقد التوريد أو الإيجـار، أو رفـض فسـخ عقد امتياز، وهذا ما تأخذ به محكمة العدل العليا(٤)، وإذا كانت هذه الإجـراءات غير قابلة للانفصال فإنّ هناك استثناء حيث يمكن مخاصمة مشروعية إجراءات فسخ العقد وشروطه إذا توفرت الشروط القانونية بقبول الدعوى شكلاً، ويمكن لأطراف العقد مخاصمة مشروعية الأنظمة الإدارية إذا كانت تؤدي إلى فسخ العقد، وعلى هذا الأساس أكدت محكمة العدل العلـيا أن "صـلاحية القضـاء الإداري تنحصـر بالـنظر فـي الطعـون المقدمـة ضـد

---

(١) أنظر د. عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٢.

(٢) قضية رقم ١٦١ لسنة ٩ق السنة ٢٠، ص ٧٦٩.

(٣) أنظر د. علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سبق ذكره، ص ٤٤٩.

(٤) أنظر د. علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سبق ذكره، ص ٤٥٠.

القـرارات الإداريـة التـي يصدرها الموظفون استناداً إلى سلطاتهم العامة المستمدة من القوانين والأنظمة، أما القرارات التي تصدر عنهم تنفيذاً لشروط العقد فتدخل في منطقة العقد وتكون محلاً للطعـن أمـام القضاء العادي، إذ أنّ القرارات الأولى إنما تصدر من جانب واحد طبقاً للنصوص العامة التي تبيح إصدارها وتتم بمعزل عن الرابطة التعاقدية"(١).

عاشراً: قرارات التصديق على إحالة العطاء

إن القـرارات التـي تصـدر بالتصديق على العقد أو برفض ذلك هي قرارات إدارية تقبل الطعن بالإلغاء استقلالاً عن العملية العقدية.(٢).

وكـان القضاء الفرنسي يذهب إلى أن هذه القرارات لا تعد من قبيل القرارات الإدارية في مفهوم دعوى الإلغاء، وفسر البعض هذا الاتجاه بأن هذه القرارات هي من قبيل الأعمال التقديرية، فلا تخضع لأي رقابة قضائية،هذا التفسير لا يعني أن هذه القرارات لا تقبل الانفصال عن العملية العقدية، ولكنها تخرج عن كل رقابة من جانب القضاء .

وفـي هـذا المجـال أكدت محكمة العدل العليا على أن:- " موافقة وزير الشؤون القروية والبلدية على قرار مجلس البلدية بيع فضلة الطريق، لا يشكل قراراً إدارياً، وإنما تشكل خلافاً مادياً يدخـل ضـمن اختصاص المحاكم العادية"(٣). إلا أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قبل الطعن في القرارات الوزارية بالتصديق على المناقصات والمزايدات غير الصحيحة أو برسو المناقصة على شخص ليس هو صاحب أفضل العطاءات، وقبل الطعن الموجه للبلدية بإلغاء التصديق من المدير باعتـباره سلطة وصاية إذ أن هذه القرارات تعد قرارات إدارية قابلة للانفصال عن العقد المبرم بواسطة البلدية(٤).

---

(١) عدل عليا رقم ٥٥/٦٩، منشور في نقابة المحامين لسنة ١٩٥٦، ص ٦.

(٢) د. حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، مرجع سبق ذكره، ص ٣١١.

(٣) عدل عليا رقم (٨٢/٧٩)، منشور في مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٠، ص ٦٠٢.

(٤) د. عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقودالإدارة، مرجع سبق ذكره، ص ١٠١.

حادي عشر:- العقد نفسه لا يقبل بالطعن بالإلغاء

مـــن المـــبادئ المستقرة فقهاً وقضاءً انه لا يمكن فصل عقد عن العملية العقدية والطعن فيه بالإلغـــاء، فمجلس الدولة الفرنسي يؤكد أن:- عقد الالتزام لا يكون عاملاً قانونياً قابلاً لأن يكون موضـــوعاً للطعـــن بالإلغاء[١]. وترفض المحاكم المصرية الطعن بالإلغاء على العقود، وفي هذا المجـــال فرقت المحكمة الإدارية العليا المصرية بين القرار الإداري والعقد بقولها:- (ومن حيث أنـــه إذا كان القرار الإداري هو عمل قانوني تعاقدي يصدر عن إرادة منفردة من جانب السلطات الإداريـــة ويحدث بذاته آثاراً قانونية معينه متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً، فإن العقد الإداري شـــأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقـــبول لإنشـــاء الـــتزامات تعاقدية تقوم على التراضي، فالطعن بالإلغاء لا يوجه إلا ضد أعمال الســـلطة الإدارية وحدها بينما العقد هو:- اتفاق بين إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها، فالعقد لا يقـــبل الطعن بالإلغاء، ليس لأنه لا يقبل الانفصال عن العملية القانونية، ولكن لأن العمل القانوني موضوع الطعن بالإلغاء يجب أن تتوفر فيه شروط معينة غير متوفرة بالعقد .فمحل الطعن بالإلغاء هو قرار إداري نهائي واجب التنفيذ بالطريق الإداري يتضمن الإعلان أو التعبير عن إرادة واحدة هي إرادة الإدارة، أما العقد فهو عمل تبادلي صادر عن إرادتين وهو غير واجب التنفيذ بالطريق الإداري)[٢].

---

(١) مجلـــس الدولـــة الفرنســـي فـــي ٣٠/٥/١٩٤٤، مشـــار إليه في كتاب الدكتور عبد الحميد حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، مرجع سبق ذكره، ص ١١٣.

(٢) د.عبد الحميد كمال حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، مرجع سبق ذكره، ص ١١٤.

المبحث الرابع

صفة الطاعن بالإلغاء

لقد أفسح القضاء الإداري لغير المتعاقد بأن يطعن في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد على أساس قضاء الإلغاء، طالما توافرت له مصلحه في ذلك، ولكن هل يجوز للمتعاقد أن يطلب إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة؟

وقد توجه الطعون من أحد المتنافسين وهي طعون تصدر من الراغبين في التعاقد مع الإدارة في المرحلة التي تسبق انعقاد العقد، وفي هذه المرحلة لا يمكن إطلاق صفة المتعاقد، أو الغير على أحد المتقدمين، أو الراغبين بالتعاقد لأن العقد لم يبرم بعد، وبعد إبرام العقد تتحدد الأوصاف القانونية للطاعنين كالمتعاقد والغير(١).

وعليه سوف نعالج هذا المبحث من خلال مطلبين اثنين:-

المطلب الأول:- الطعون المقدمة من غير أطراف العقد.

المطلب الثاني:- طعون المتعاقدين

---

(١) د. عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ص ٢٤٠-٢٤١.

المطلب الأول

الطعون المقدمة من غير أطراف العقد

الأصـــل نسبية آثار العقود، فالعقد لا يرتب حقوقاً أو التزامات في ذمة الغير، ويستثنى من هذا الأصل (الاشتراط لمصلحة الغير)، والعقد الإداري كالعقد المدني هو:- اتفاق بين إرادتين أو أكـثر على إنشاء التزامات، أو تعديلها، أو إلغائها، وكذلك فان مبدأ نسبية آثار العقود يطبق على العقود الإدارية والمدنية على حد سواء .

ويترتـب علـى هذا الأصل أن غير المتعاقدين لا يستطيعوا استخدام دعوى العقد (القضاء الكـامل)، لذا فإن نظرية (القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية) تجد تطبيقها في طعون الغير أمام قاضي الإلغاء، فالغير لا يجوز له اللجوء إلى دعوى العقد، فإذا حُرِمَ كذلك من الالتجاء إلـى دعوى الإلغاء فإن ذلك سيفقده حقه في اللجوء إلى القضاء وهذا يمثل إنكاراً لمبدأ العدالة .لذا قـبل القضـاء الإداري في فرنسا ومصر الطعن بالإلغاء المقدم من أصحاب العطاءات التي تقرر إرساء المناقصة فيها على غيرهم .

ويمكن إثارة أسباب مستمدة من مخالفة العقد إذا كانت الشروط التي خالفتها الإدارة شروطاً تنظيمية تتعلق بتنظيم المرفق العام(١).

المطلب الثاني

طعون المتعاقدين

يذهب الرأي الراجح إلى أن القرارات القابلة للانفصال في حالة المناقصات والمزايدات يتم تحديدهـا تحديـداً شخصياً تراعى فيه شخصية الطاعن، فهي تقبل الانفصال إذا كان الطاعن من الغير، ولكنها لا تقبل الانفصال إذا كان الطاعن هو من رَسّت عليه المناقصة أو المزايدة .

وتـبرير ذلـك أن من رَسّت عليه المناقصة أو المزايدة لا تكون له مصلحة في الطعن في قـرار الرسو وما يسبقه من قرارات، وأنه يمكن الطعن فيها أمام قاضي العقد، إذ أنه لا جدوى له أن يلجـأ إلى القضاء الكامل، لأنه لو حصل على حكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل فإنة يتعين

---

(١) أنظر د. علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سبق ذكره، ص ٤٥١.

علـيه بعد ذلك أن يعود مرة أخرى إلى قاضي العقد لكي يرتب له النتيجة التي تترتب على حكم الإلغاء، بل أفضل له أن يلجأ إلى قاضي العقد مباشرة(١).

هـناك رأي يذهـب إلى أن القرار القابل للانفصال يجب أن يحدد تحديداً موضوعياً ودون اعتـبار لصـفة رافع الدعوى، إلا أن القاضي يقبل الطعن المقدم من متعاقد رست عليه المناقصة أمام قاضي الإلغاء(٢).

ونـرى أن العـبرة فـي المنازعة الإدارية هي في طبيعة المنازعة ذاتها بغض النظر عن شخص المدعي أو رافع الدعوى، حيث يمكن أن تكون الإدارة هي الطرف الذي يلجأ إلى القضاء الإداري باختصام المتعاقد معها أمامه.

وكذلـك للمـتعاقد حـق الالـتجاء إلى دعوى الإلغاء بالنسبة إلى كافة القرارات التمهيدية المصاحبة لإبرام العقد.

(إن المـتعاقد له الحـق أن يحيل لمجلس الدولة عن طريق الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة القرارات الصادرة بسحب القرارات القابلة للانفصال التي قد تساهم في تكون العقد) (٣).

ونـرى أن للمتعاقد أن يلجأ إلى قاضي الإلغاء كلما توفر شرط المصلحة. إلا أن المتعاقد يسـترد حقه في الالتجاء إلى قضاء الإلغاء إذا ما صدرت عن الإدارة – ليست بصفتها متعاقدة – قـرارات غير مشروعة، هنا يكون للمتعاقد أن يطالب بإلغاء هذه القرارات، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي بقوله:-

القـرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة بناءً على سلطات البوليس ويكون لها أثرها على المـتعاقد، فـإذا أصـدرت الإدارة هذا القرار باعتبارها الطرف الآخر المتعاقد وبناءً على حقها بالـتدخل والإشراف على تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، هنا يتعين على المتعاقد أن يسلك سبيل القضاء

---

(١) أنظر، د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٨.

(٢) حكـم محكمـة القضاء الإداري المصرية في ١٩٥١/٣/٦ قضية رقم ٢٠٣ لسنة ٤ ق، السنة ٥، ص ٦٩، أشار إليه د. عـبد الحمـيد حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، الجزء الثاني، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٦٧، العدد ٣٦٢، يناير، ١٩٧٦، ص ٩.

(٣) حكـم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٢٩/٧/٢٦، أشار إليه د. عبد الحميد حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، الجزء الثاني، مرجع سبق ذكره، ص ١١.

الكـــامل، أما إذا استندت الإدارة في إصدار هذا القرار إلى صفة أخرى، فلا سبيل للطعن فيها إلا عن طريق دعوى الإلغاء(١).

المبحث الخامس

آثار الحكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العملية العقدية

ترتبط الأعمال القانونية والمادية مع بعضها برباط وثيق ما دامت تتجه جميعاً لتحقيق الهدف النهائي للعملية التعاقدية، وتشكل وحدة واحدة ومن ثم فان تخلف إحدى عناصر العملية يؤدي إلى ســقوط العناصــر الأخرى المترتبة عليه وقد يمتد إلى العملية في مجموعها، والإشكال في حالة صــدور حكــم بإلغاء إحدى القرارات التمهيدية قبل قيام الإدارة بالإبرام النهائي، فهنا لا تستطيع الإدارة إتمام إجراءات التعاقد، وإلا فأنها تخالف قوة الشيء المقضي به في حكم الإلغاء .

فـــإذا كان من حق المتعاقدين أو الغير الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية غير المشروعة التي تدخل في تكوين العملية التعاقدية، وهي ما زالت في مرحلة الإبرام عن طريق فكرة (القرار الإداري المنفصل) فإن التساؤل الذي يثور حول أثر إلغاء القرار الذي يمهد لإبرام العقد الإداري ذاته.

والصعوبة هنا تكمن في مصير العقد الذي أبرم قبل الطعن في القرار الذي يدخل في إحدى مراحل تكوينه أو قبل صدور الحكم فيه(٢).

أما بالنسبة لأثر حكم الإلغاء إذا صدر بعد إتمام العقد على العملية العقدية:-

فالقاعدة في هذا المجال أن الطعن بالألغاء يوجه إلى القرار المنفصل في ذاته،وأن الإلغاء لا يتـناول ســوى القرار، وأما العقد المبني على هذا القرارفيظل قائماً منتجاً آثاره، إلى أن يلجا أحد المتعاقدين إلى القاضي المختص (وهو قاضي العقد) ويطالب بإنهاء العقد استناداً إلى سبق إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة التي ساهمت في إتمام عملية التعاقد(٣).

---

(١) حكــم مجلــس الدولة الفرنسي الصادر في ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٧ في قضية (Grandes Compagnies) أشار إليه د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، مرجع سبق ذكره، ص ص ٢٧٤-٢٧٥.

(٢) أنظر د. عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٧١.

(٣) د. عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢٧٢.

فــأذ حكم قاضي الإلغاء بإلغاء قرار رسو المناقصة، فانه لا يستطيع إعلان رسوها على المدعي، ولا أن يأمر الإدارة بذلك .

ومن المستقر عليه أن قاضي الإلغاء لا يستطيع أن يقضي ببطلان العقد إدارياً كان أو مدنياً.

وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا بقولها:-

((تــتم عملــية الــتزام رســوم البلدية على مرحلتين أولهما أعمال تمهيدية، وثانيهما إبرام العقد، والأعمــال التمهــيدية تتم بقرارات إدارية تخضع من حيث الاختصاص لمحكمة العدل العليا، ولا يكــون لإلغائهــا مســاس بذات العقد الذي تم على أساسها، بل يظل هذا العقد قائماً بحالته إلى أن تفصل المحكمة المدنية في المنازعة المتعلقة به)).[1] يستنتج من ذلك أن حكم الإلغاء لا يؤثر بذاته علــى العقــد الــذي يظل سارياً حتى يقوم أحد أطرافه بطلب إبطاله أو فسخه أمام القضاء الكامل (قاضي العقد) فهو صاحب الاختصاص الأصيل المطلق في الحكم بإبطاله أو فسخه .

إلا أن حكم إلغاء القرار قد يستند لعدم مشروعية العقد نفسه أو عدم صحة بعض شروطه، وهنا لا يســتطيع قاضي العقد إعادة تقدير الأسباب التي استند عليها قاضي الإلغاء في حكمه فليس له أن يحكم بشرعية عقد، أو شرعية بعض شروطه، ففي هذا إخلال بحجية الأمر المقضي به، فهنا حكم الإلغاء قد يؤدي إلي بطلان العقد برمته .

والحكــم بإلغاء قرار قابل للانفصال يؤدي إلى بطلان الأعمال و الإجراءات المترتبة عليه ولكــن لا يمتد إلى ما سبقه من إجراءات سليمة، فإذا حكم بقرار تصديق على عقد لأنه صادر من صاحب الاختصاص فإن هذا لا يؤدي إلى بطلان قرار الترخيص بالعقد أو قرار العقد نفسه .

ونــرى أن يســمح لغير أطراف العقد أن يطالبوا بفسخ القرار أو إبطاله أمام قاضي العقد، وذلــك بعــد أن يحصلوا على حكم بإلغاء القرارات المنفصلة من قاضي الإلغاء، فصاحب العطاء الــذي لم ترسي عليه المناقصة لسبب غير مشروع يمكنه أن يلغي قرار رسو على غيره، ثم يلجأ إلى قاضي العقد ليطالبه بإبطاله استنادا إلى عدم شرعية القرار.

أو أن يســمح لقاضــي الإلغاء بترتيبً كافة النتائج المنطقية على إلغاء القرار بما في ذلك بطــلان العقــد ذاته، على أن يختصم طرفا العقد في الحالات التي يمس فيها إلغاء القرار العملية العقديــة. فعــدم مشــروعية القرار تسري على العقد المبني عليه، فإذ لم يقبل القضاء هذا الحل

---

(١) عدل عليا رقم (٦٠/١٦)، منشور في مجلة نقابة المحامين، لسنة ١٩٦٠، ص ٣١٣.

الأصيل عليه أن يسلك في هذا الصدد السبيل الذي يلجأ إليه في مجال الوظيفة العامة، فيحال الأمر إلى الإدارة لتعمل حكم القانون، أي تعمل على إلغاء العقد .

وبذلك يكون منهجنا في هذا الصدد هو أن نسمح بالمنهج التحليلي ونقوم بفصل القرار عن العملية العقديـة ونطعـن بهـا بالإلغاء استقلالاً، ثم نعود عند ترتيب النتائج إلى الأصل العام وهو وحدة العملية واعتـبارها غـير قابلة للانفصال، وإن إلغاء أحد عناصرها يؤدي إلى سقوط العملية برمتها ونستند في قولـنا هـذا إلى ما قرره قسم الرأي بقوله: " وبما أنه يشترط لصحة القرار الإداري أن يكون صادراً من سـلطة إداريـة لها الحق في إصداره ويعتبر إخلال بذلك موجباً لبطلان التصرف، وبما أن مدير معمل تكرير البترول الأميري بالسويس غير مختص بإصدار قرارات إدارية تفصح عن إرادة مصلحة المناجم فـي إحداث أثر قانوني، ذلك أن المختص في هذه الحالة مدير مصلحة المناجم لشؤون الوقود،ولم يصدر منه قرار بقبول عطاء الشركة، ومن ثم لا يكون ثمة عقد قد انعقد بينها وبين المصلحة.[١]

ويـرى بعض الفقه أن فصل القرارات الإدارية التي تساهم في تكوين العملية المركبة إنما يقصـد به مجرد قبول دعوى الإلغاء، أما عند النظر إلى شرعية العملية برمتها، فيجب أن ينظر إلى العملية ككل لا يتجزأ، فيبطل العقد إذا بطل أي قرار إداري كان أساساً لإصداره.

وقـد تـبرم الإدارة اتفاقات مركبة تحتوي على عدة عناصر، أي قد تتضمن هذه الاتفاقات عقديـن، أو مجموعة عقود، بحيث إذا استعنا بالمعيار المميز بين العقود الإدارية، وعقود التأمين الخـاص لتبين لنا أن الاتفاق ينطوي على عقدين أو أكثر يتبع كل منهما اختصاص جهة قضائية مسـتقلة فمـا هو الحل هنا ؟ ولأي جهة قضائية يخضع مثل هذا الاتفاق المركب؟ هل نحلله إلى عناصـره ونخضـع كـل عنصر إلى الجهة القضائية التي تختص بالنظر فيه، أو نعامل الاتفاق المركب ككل ونخضعه لاختصاص أحد جهتي القضاء؟[٢].

يشـير الدكتور محمود حلمي في هذه المسألة إلى أن الرأي الغالب في شأن الاختصاص أن يعامل الاتفـاق ككل، أي أن ينظر إلى العنصر الغالب في تغليب الجوانب الإدارية على أساس ترجيح المصلحة العامة فلا تهمل إلا إذا كانت ضئيلة بالمقارنة مع الجوانب المدنية في هذا الاتفاق المركب[٣].

---

(١) فـتوى قسـم الـرأي مجتمعاً رقم ٦٨٤ الصادر في ١٩٥١/١٢/١٣، أشار إليها د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٧.

(٢) د. محمد وليد العبادي، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٥.

(٣) د. محمود حلمي، القضاء الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٣٠٣.

الخاتمة

تعرضـــنا في هذا البحث إلى سلطات الإدارة المتنوعة والتي تمارسها بوصفها سلطة عامة وطرف في العقد الإداري، وما منحت الإدارة تلك السلطات إلا لتحقيق هدف عام هو سير المرافق العامة بانتظام واطراد مستمر وإشباع الحاجات العامة كونها القوامة على ذلك .

فـــي مقابل ذلك يجب ألا تقف الإدارة عند هذا الحد باستعمال تلك السلطات وإلا استعملت العقود الإداريـــة على عنصر مناف للعدالة، ولما تقدم أحد للتعاقد مع الإدارة التي ترتب التزامات إضافية على عـــاتق المتعاقد معها وتكبده مصاريف وأعمال لم تكن بالحسبان حين التعاقد فيجب أن تقف الإدارة عند حد المحافظة على التوازن المالي للعقد وحق المتعاقد في تنفيذه شروط العقد.

يُعـــود الفضـــل إلى مجلس الدولة الفرنسي في وجود هذا المبدأ والذي أصبح من المبادئ العامـــة التي تحكم العقود الإدارية بل وأصبح من طبيعة العقود الإدارية أن يتحقق بقدر الإمكان توازنا" بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد والمزايا التي ينتفع بها باعتبار أن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلاً من مقتضاه قيام تلازم بين مصالح الطرفين ويظهر مبدأ التوازن المالي للعقد في مظهران هما:

المظهـــر الأول: أن هـــذه الأعـــباء قد تزيد بفعل الإدارة عند استعمالها لسلطة التعديل أو قـــيامها بإجـــراءات عامـــة تؤثر في التزامات المتعاقد ويطلق عليها في القانون العام (المخاطر الإدارية) أو (نظرية فعل الأمير).

المظهر الثاني: هذه الأعباء قد تزيد نتيجة لظروف اقتصادية خارجية لا علاقة للإدارة بها ولا ســـلطة علـــيها ويطلق على هذه الظروف أو الحوادث الاقتصادية (المخاطر الاقتصادية) أو (نظرية الظروف الطارئة).

وتعرضـــنا لـــنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي قد يتعرض لها المتعاقد خلال قـــيامه بتنفيذ العقد، رغم أن هذه النظرية لم يكن لها ذات التطبيق قياساً مع النظريتين السابقتين وتعتبر نظرية حديثة النشأة من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي.

وقـــد اتضح لنا من خلال هذه الدراسة أن الإدارة في العقود الإدارية تتمتع بمركز يميزها عن المتعاقد معها وهذا يخالف القاعدة التي تحكم العقود وهي أن العقد شريعة المتعاقدين.

ولعل السبب في منح الإدارة هذا المركز هو طبيعة العقود الإدارية وموضوعها، حيث أن العقود الإدارية تهدف إلى تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد وإشباع الحاجات العامة .

تحقــيق هذه الأهداف اقتضى منح الإدارة سلطات معينة تمكنها من ذلك مثل منحها سلطة مراقبة تنفيذ المتعاقد مع الإدارة للعقد وتوجيه المتعاقد في تنفيذه للعقد، كذلك منحها سلطة تعديل العقــد عــند تغــير الظروف من اجل الحفاظ على سير المرفق العام، كذلك سلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها عند إخلاله في تنفيذ العقد.

فــي المقــابل فان الفقه والتشريع الإداريين لم يبقيا المتعاقد مع الإدارة الطرف الضعيف دائمــا بــل مــنحاه بعــض الحقوق التي تتمثل في حقه بالحصول على المقابل المالي من ثمن للبضاعة أو الخدمات التي يقدمها، كذلك حقه في أن تعيد الإدارة التوازن المالي للعقد عند حدوث خلــل بســبب اســتعمال الإدارة سلطتها بحيث تقوم بتعويضه عن الضرر الذي لحق به نتيجة استعمال الإدارة لسلطاتها ٠

وتبيــن لنا من خلال هذه الدراسة أيضاً أن القضاء الإداري بفرنسا ومصر يختص بالنظر فــي منازعات العقود الإدارية، إذ منح هذا القضاء صلاحية الفصل في هذه المنازعات بموجب نصوص تشريعية صريحة ٠

وفي فترة سابقة وعندما كان القضاء الإداري في مصر مختصاً فقط بنظر منازعات بعض العقــود الإداريــة – وهي عقود الالتزام والتوريد والأشغال العامة – لاحظنا أن هذا القضاء قد وسع في اختصاصه ليشمل عقوداً أخرى لم ترد في النص، وحتى إذا لم ينظر في منازعات هذه العقود الخارجة عن اختصاصه، كان يختص بالنظر ببعض القرارات الإدارية، وهي التي تسمى القــرارات الإداريــة القابلــة للانفصال عن العملية العقدية حيث كان ينظر في مشروعيتها بعد فصلها عن العملية العقدية الخارجة عن اختصاصه ٠

وفي الأردن لم يمنح المشرع الأردني محكمة العدل العليا – باعتبارها القضاء الإداري في الأردن – لم يمنحها صلاحية النظر في منازعات العقود الإدارية، إذ أن اختصاص هذه المحكمة محــدد على سبيل الحصر بالنصوص الواردة في قانونها رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ والتي ليس من بينها منازعات العقود الإدارية.

رغم ذلك فقد بسطت محكمة العدل العليا الأردنية سلطتها على بعض أجزاء من العملية العقدية، وفقاً لنظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العملية العقدية، وقبلت دعوى تجاوز حدود السلطة الموجهة ضد هذه القرارات ونظرت في مشروعيتها •ولكن هذا التوسع الذي يشمل القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية ولغياب النص التشريعي الذي يمنح المحكمة صلاحية النظر في منازعات العقود الإدارية،ليس كافياً ونراه متذبذبا" بين الأخذ به أو عدمه •

وبالتالي فأن العملية العقدية تبقى ضمن صلاحية القضاء العادي، أما القرارات القابلة للانفصال عنها فقد يأخذ بها القضاء الأردني أو لا يأخذ بها، لعدم وجود نص يمنحه اختصاص النظر في منازعات العقود الإدارية، ولغموض مفهوم القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية وبالتالي فأن مدى هذه القرارات وأشكالها قد يختلف من حكم إلى آخر، مع ما يؤدي إليه اشتراك المحاكم الإدارية والنظامية في نظر منازعات مرتبطة بعملية عقدية واحدة من تعارض في الأحكام القانونية •

وقد خلصت في هذا البحث للنتائج والتوصيات التالية:-

أولاً: النتائج:

١- فيما يتعلق بالقضاء الإداري الأردني ممثلاً بمحكمة العدل العليا فان محكمة العدل العليا أعلنت عدم اختصاصها، حيث أن المادة (٩) من قانون هذه المحكمة حددت اختصاص المحكمة على سبيل الحصر، وليس من بين هذه الاختصاصات النظر في منازعات العقود الإدارية، ويعود أمر النظر فيها إلى المحاكم العادية، وبالتالي لا يمكن تطبيق النظريات ومنها نظرية فعل الأمير في هذا المجال.

٢- ما زالت نظرية فعل الأمير محتفظة بطابعها القضائي على الرغم من زيادة أهمية العقد الإداري في مجال القانون العام في الوقت الحاضر نظراً لاتساع نشاط الدولة في المجال الاقتصادي، والذي ترتب عليه كثرة تطبيقاتها القضائية في فرنسا خاصة نظراً لقدم مجلس الدولة الفرنسي، والذي كان رائداً لهذه النظرية.

٣- الاختلاف في أحكام المحكمة الإدارية العليا مع أحكام محكمة القضاء الإداري في مصر، وذلك من خلال سلطة القاضي الإداري في تعديل نصوص العقد، وفي نفس الحال عند الكلام عن شروط تطبيق فعل الأمير.

٤- أن الإدارة العامة في العقود الإدارية تتمتع بمركز يميزها عن المتعاقد معها وهذا يخالف القاعدة التي تحكم العقود وهي أن العقد شريعة المتعاقدين.

٥- أن الفقـه والتشـريع الإداريين لم يبقيا المتعاقد مع الإدارة الطرف الضعيف دائماً، بل مـنحاه بعض الحقوق التي تتمثل في حقه بالحصول على المقابل المالي ، أو أن تعيد الإدارة التوازن المالي للعقد عند حدوث خلل فيه بسبب استعمال الإدارة سلطاتها.

ثانياً: التوصيات:

١. نتمنى على المشرع الأردني أن يمنح محكمة العدل العليا صلاحية النظر في منازعات العقـود الإداريـة كافة ليشمل العملية العقدية وما ينفصل عنها من قرارات وذلك من خلال إضافة نص تشريعي يعطيها هذا الاختصاص.

٢. أن تراعـي الإدارة وخصوصـاً الأردنـية في تعاملها مع المتعاقد في العقود الإدارية القاعدة التي تحكم العقود وهي أن العقد شريعة المتعاقدين.

٣. أن يسـمح لغـير أطراف العقد أن يطالبوا بفسخ القرار، أو إبطاله أمام قاضي العقد، وذلك بعد أن يحصلوا على حكم بإلغاء القرارات المنفصلة من قاضي الإلغاء.

٤. أن تراعي الإدارة مصلحة المتعاقد معها وخصوصاً عندما ينفذ المتعاقد بنود العقد كما اتفق عليه مع الإدارة.

وفـي الخـتام نرجو من الله العلي القدير أن نكون قد وفقنا في تقديم هذا البحث المتواضع، وأن يكون ذو فائدة للدارسين والباحثين في مواضيع القانون الإداري.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

(أ) المؤلفات العامة:

٠١ الدكتور / إبراهيم علي:

القانون الإداري، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، ١٩٩٥.

٠٢ الدكتور / إبراهيم الفياض:

العقود الإدارية، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨١.

٠٣ الدكتور / ادوار عيد:

رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة، دار المنشار، بيروت، ١٩٧٣.

٠٤ الدكتور/ توفيق شحاته:

مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار النشر للجامعات، ١٩٥٥.

٠٥ الدكتور / ثروت بدوي:

مبادئ القانون الإداري، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠ .

٠٦ الدكتور / حسين درويش :

النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الثاني، مكتبة الإنجلو مصرية، القاهرة، ١٩٥٨

٠٧ الدكتور / حمدي ياسين عكاشة:

القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، (شرح وتحليل لموضوع القرارات الإدارية في ضوء أحكام محكمتي القضاء الإداري والإدارية العليا)، منشأة المعارف، الإسكندرية،١٩٨٧

٠٨الدكتور رمزي الشاعر:

الوجيز في القضاء الإداري، ١٩٩١.

٠٩ الدكتور / سامي جمال الدين:

المنازعات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٢.

٠١٠ الدكتور / سليمان الطماوي:

- القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، ١٩٧٦.
- الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، ١٩٩١ .
- الأسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الرابعة، ١٩٨٤ .

٠١٤ الدكتور / عبد الغني بسيوني:

- القـــانون الإداري، دراســـة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف،١٩٩١.
- ولاية القضاء الإداري على إعمال الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٣ .

٠١٦ الدكتور / عبد الله طلبة:

القانون الإداري، الرقابة القضائيه على أعمال الإدارة، القضاء الإداري، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٧٩-١٩٨٠.

٠١٧ الدكتور عبد الهادي عباس:

العقود الإدارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار المستقبل، دمشق، ١٩٩٢.

٠١٨ الدكتور / عمر حلمي:

طبـيعة اختصـاص القضـاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

٠١٩ الدكتور / محمد باهي أبو يونس:

أحكام القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٦.

٠٢٠ الدكتور محمد صلاح السيد:

سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مركز قظيم للكمبيوتر، الزقازيق، مصر، ١٩٩٣.

٠٢١ الدكتور / محمد فؤاد عبد الباسط:

القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٩٠.

٠٢٢ الدكتور / محمد فؤاد مهنا:

مبادئ وأحكام القانون الإداري، الإسكندرية، دار المعارف، ١٩٧٨.

٠٢٣ الدكتور محمد وليد العبادي:

قضاء الإلغاء، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٤.

٠٢٤ الدكتور /محمود حلمي:

القضاء الإداري، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الثانية، ١٩٩٧.

٠٢٥ الدكتور/ نواف كنعان:

- القـانون الإداري الأردنـي، الكـتاب الثاني، مطابع الدستور التجارية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦.
- اتخاذ القرارات الإدارية، الطبعة الرابعة، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٤.

(ب) **المؤلفات المتخصصة:**

٠١ الدكتور / اسماعيل البدوي:

القضـــاء الإداري، الجــزء الثاني، أسس تنظيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٣.

٠٢ الدكتور /اعاد علي القيسي:

القضاء الإداري، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٩.

٠٣ الدكتور / عبد العظيم عبد السلام:

أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري، الولاء للطبع والتوزيع، مصر، ١٩٨٩.

٠٤ الدكتور / علي خطار شطناوي:

- القضاء الإداري الأردني، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، ١٩٩٥.
- دراسات في العقود الإدارية، مركز القمة للطباعة والكمبيوتر، عمان، ١٩٩٧.

٠٦ الدكتور / عمر حلمي:

معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣ .

٠٧ الدكتور / محمد فؤاد عبد الباسط:

أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، الإسكندرية، دار الفكر العربي، ١٩٨٩.

٠٨ الدكتور / محمود حلمي:

العقد الإداري، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧.

٠٩ الدكتور / محمود الجبوري:

العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨.

(ج) الرسائل:

١. الدكتور / احمد عثمان عياد:

مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، القاهرة، طبعة دار النهضة العربية، ١٩٧٣.

٢. الدكتور / عبد المجيد فياض:

نظرية الجزاءات في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥.

(د) المقالات والأبحاث:

١. الدكتور / عبد الحميد كمال الحشيش:

القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، الجزء الأول، مجلة مصر المعاصرة، السنة٦٦ ، العدد، ٣٦٣، يناير ١٩٧٦.

٢. الدكتور / محمد وليد العبادي:

الاختصاص القضائي في منازعات العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة المنار، جامعة آل البيت .

٣. الدكـــتور / محمد وليد العبادي، الدكتور احمد أبو شنب، التعديل الانفرادي في مجال العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة المنار، المجلد ٣، العدد ٢.

(هـ) الدساتير والقوانين والأنظمة:

١. الدستور الأردني .

٢. قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٢٦لسنة ١٩٥٢.

٣. قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢لسنة ١٩٩٢.

٤. نظام اللوازم رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٣.

(و) الدوريات والاحكام القضائية:

١. مجلة مجلس الدولة الفرنسي.

٢. مجلة مجلس الدولة المصري.

٣. مجلة مجلس الدولة السوري .

٤. مجلة نقابة المحامين الأردنيين.

٥. مجموعة المبادئ القانونية العامة لمحكمتي التمييز والعدل العليا المتعلقة بموضوع البحث.

٦. موسوعة التشريع الأردني الصادرة عن المكتب الفني لنقابة المحامين .

ثانيا: المراجع بالأجنبية:

(أ) الكتب باللغة الأجنبية :

1-Andre Delaubad:

Traite de administratif, 8e édition,Paris, 1992

2-A.W Bradley, K.D Ewing,12 edition 1997

Constitutional and Administrative Law

3- Georg Vedel:

Droit administratif, 3e édition Paris,1992.

4- Jean Rivero:

Droit administratif, 9é edition, Dalloz,1998.

5-Marcal waline

le control juridictionnel ed l\administration,le caire,1986.

6- William Wade

Adminstrative law,8 edition,2000

(ب) الدوريات الأجنبية:

1. AL- baharina, h`m, international

Arbitration in parspective, Arab law quarterly, Vol .3.part 1.

February 1983 pp .3-18.

2. Ditchen, alexandce, ie(contrat - d - arbidrage)

essai- sur - ie- contrat - ayant - pour -object -la - mission - dapiqre !!!

arbittage ."1981". Revue-de - 1 !!!

NO .3 pp . 395- 410.

ABSTRACT

The Effects of Administrative Contract in the Jordanian Legislation

A Comparative Study

Researcher: Mohammad Meqbel Salem Al-Andali

Supervisor: Dr. Mohammad Waleed Al-Abbadi، Administrative and Constitutional Law

This study discussed the effects of administrative contract in the Jordanian legislation, and followed the analytical comparative methodology، through comparing the effects of the administrative contract in Jordan with its simile in each of France and Egypt, whenever possible.

Chapter one discussed the authorities delegated to administration in administrative contracting through pointing out its power in supervision and control, amendment of contracts, enforcing penalties. It also pointed out that the administrative contract, as any contract connecting between two parties, includes rights and commitments that should be respected by the contracting parties.

Chapter two discussed the right in possible reimbursement (financial balance) and pointed out that the financial balance of the administrative contract has its own characteristics of the general theory of administrative contracts. It also pointed out that there is a conflict among scholars about putting the terms on which financial balance is based. Some scholars see it as a general rule that can be applied in all cases, whether the defect is by its own will or exceptional. Some others see the financial balance in contracting is only applied if the imbalance is a result of administration's willing (Prince's Act Theory).

The study pointed out the terms of executing Prince's Act Theory, and concluded that the most important term is the existence of an administrative contract, acknowledged by legislation and courts, as this theory is only applied in administrative contract conflicts. Consequently, it cannot be

applied in civil contracts contracted by administration and the procedures issued by some administrative authorities which might affect individual balance without the emergence of a contractual relationship.

The study also pointed out the range of applying Prince's Act Theory, whether in the form of general proceedings، law, aspect, or special procedures issued by the contracting administrative authority while practicing its power in amending the contract and result in a direct increase of the contractor's burden, and affect contractor's circumstances making it harder.

The study also discussed the effects of applying the Prince's Act Theory, i.e., reimbursing the contractor and the administration a full compensation of all losses resulting from administration act.

The study also discussed the Emergency Circumstances' Theory, and pointed out the legal reference of this theory through three major issues, i.e., the financial balance of the contract، as the inversion of financial balance of the contract as a result of external emergency results in giving the right to the contractor for reimbursement on the basis of emergency circumstances' theory. This theory existed to provide the financial balance for the contract. Also the joint will of the contracting parties, then the public facility, as the administration does the contracting process with individuals, but it always remains the only party in charge of running the public facility.

Chapter three, section one, discussed the decisions viable to dissolve from the contracting process، and pointed out the concept of those decisions and distinct them from the executive decisions of the contract. It also discussed the concept of decisions as a part of a legal process that intervene with the normal judicial or administrative jurisdiction, based on its full domination, or expels of the jurisdiction of any judicial party. But the courts separate these decisions from this process and accept appeal by repeal separately. Also, cassation among the separate decision and the executive decision of the administrative contract.

In section two, pointed out the jurisdiction of lawsuits of administrative contracts, as administrative contracts are not of repeal judge's jurisdiction, and these lawsuits, with its nature, relate to competent courts.

Section three discussed the jurisprudence tendencies and applications in the philosophy of decisions viable to dissolve from the contractual process, then the decisions viable to dissolve from the contractual process at the Jordanian Supreme Court, through many of its decisions.

Section four discussed the characteristic of appeal by repeal and the effects of judgement by repealing a decision separated from a contractual process، through pointing out the capacity of petitioner for the repeal، and the appeals submitted by parties of the contract and the appeals of the contractual parties. Then discussed the effects of judgement by repealing the administrative decision, which separated from the contractual process.

The study concluded to a set of resúlts and recommendations.

1. Results:

a. Regarding the Jordanian administrative courts, represented by the Supreme Court, it declared its non-jurisdiction as article (9) of its law defined its jurisdictions, and none of these include hearing administrative contracts' disputes, and that they are to be heared by usual courts. Consequently, theories like Prince's Act Theory cannot be applied in this field.

b. Prince's Act Theory currently keeps its judicial characteristics, despite the increase of the importance of the administrative contract in public law, for the expansion of state activities in economics، which obvious in the many judicial applications of the French State Council for this theory.

c. The difference of judgements between the supreme court and administrative court in Egypt, through the jurisdiction of

the administrative judge in amending texts of the contract، similarly when discussing the terms of applying Prince's Act.

d. Administration in the administrative contracts have distinctive status that distinguish them from the contracting party، which violates the rule that controls contracts, which stipulates that the contract is the law of contractuals.

e. The administrative legislation and jurisprudence did not keep the party contracting with administration as an always weak party, but granted him some rights, i.e., his right to get the financial reward، or that the administration rebalance the financial status whenever a deficiency occurs as a result of using its power.

2. Recommendations:

a. We wish that the Jordanian legislator to stipulate on granting the supreme court, the jurisdiction to hear all of the administrative contracts' disputes to include the contractual process and its dissolved decisions.

b. That the administration considers the administrative rule that controls contracts, which stipulates that the contract is the law of contractuals.

c. To let parties other than the contracting parties to request breaching the decision, or revoke it in front of the contract's judge, after getting a judgement that repeals the resolved decisions of repeal judge.

d. That the administration considers the contractor's interest with it, especially when the contractor executes the terms of the contract as agreed upon with the administration.